THÈSE DE
CAEN.
1889
N°. 10.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES ACTIONS POSSESSOIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LE GRAND AMPHITHÉATRE DE LA FACULTÉ

Le Mercredi 20 Novembre 1889, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

JACQUES DE VILADE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE CAEN

CAEN
IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

1889

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES ACTIONS POSSESSOIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LE GRAND AMPHITHÉATRE DE LA FACULTÉ

Le Mercredi 20 Novembre 1889, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

JACQUES DE VILADE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE CAEN

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

—

1889

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0018

DES ACTIONS POSSESSOIRES

A MA MÈRE

A MA FAMILLE

A mes Amis

JURY D'EXAMEN

MM.

JOUEN,	Professeur, Président.
CAREL,	id.
LAISNÉ-DESHAYES,	id.
GAUCKLER,	Agrégé.

INTRODUCTION

1.—L'objet de cette étude, c'est de présenter la théorie complète des Actions Possessoires. On peut dire qu'il n'est pas de sujet qui ait une importance pratique plus considérable ; on peut dire aussi qu'il n'en est pas de plus ardu dans tout le domaine du Droit. Cela tient à ce qu'on n'est d'accord sur aucun des principes qui gouvernent la matière et pas même sur la notion de la Possession.

Qu'est-ce donc, en effet, que la Possession? Pour en donner, dès l'abord, une idée sommaire que nous aurons à expliquer plus longuement par la suite, c'est la détention d'une chose avec la volonté de l'avoir en son propre nom. Elle est formée par la réunion de deux éléments distincts que les commentateurs ont appelés le « corpus » et l'« animus », une main-mise matérielle sur une chose et un acte de volonté sur cette chose.

Ces deux éléments, la propriété les contient aussi, mais elle exige de plus et c'est là une condition essentielle que la chose soit tenue d'une manière conforme aux prescriptions du législateur, d'une manière reconnue et garantie par la loi. On doit donc considérer la Possession sous un double aspect : tantôt, c'est l'exercice même de la propriété ; tantôt, c'est l'exercice de prérogatives identiques à celles de la propriété par une personne qui n'est pas propriétaire. C'est en partant de cette idée que certains font du Possesseur un véritable propriétaire apparent et c'est de là qu'est venu l'adage « Possessor, ergo dominus ». Vous êtes Possesseur ; donc, jusqu'à preuve du contraire, vous devez être considéré comme propriétaire.

2. — La Possession, par suite, n'est pas, pour les commentateurs dont nous parlons, protégée à l'état de droit particulier et distinct du droit de propriété, mais comme une sorte de position avancée de cette propriété ; car, disent-ils, si la Possession ne suppose pas nécessairement la propriété, au moins la fait-elle présumer. Comme il est, en effet, impossible de discerner à première vue si une prétention est fondée en droit, il faut bien souvent s'arrêter à l'apparence ; la Possession remplacera donc la propriété

dont elle n'est que le signe extérieur. Le législateur sera, en conséquence, amené à maintenir le « statu quo » et à garantir la Possession contre les troubles qui pourraient lui être apportés extrajudiciairement ; et même, si l'on suppose une revendication introduite par le véritable propriétaire, comme on ne pourra acquérir la certitude légale que la Possession est contraire à ses droits qu'à la suite d'une instruction et d'une production juridique de preuves, il arrivera que, « medio tempore », le Possesseur l'emportera sur le propriétaire ; qu'il pourra, avec avantage, conserver et défendre son droit contre ce propriétaire jusqu'au vide de l'instance.

Il ne faudrait pas toutefois pousser à l'extrême cette conception, sous peine d'en arriver à des conclusions inexactes surtout dans notre droit actuel avec la séparation absolue du possessoire et du pétitoire. Et d'après nous, si la Possession est protégée c'est surtout en raison des nécessités pratiques, c'est à l'état de droit séparé mais subalterne, ne réagissant pas sur la propriété, n'ayant aucunement en dernière analyse le caractère d'une position avancée de la propriété.

3. — On est fort aussi loin d'être d'accord sur l'origine historique et sur l'origine logique de la Possession juridique. Nombre d'auteurs suivant en cela la théorie du jurisconsulte Paul (L. 1, Pr. « De adquir. vel amitt. Poss. » 41, 2), ont prétendu que la Possession avait précédé la propriété, qu'elle seule était de droit naturel tandis que la propriété émanait de la loi positive. C'est là une théorie qui ne résiste pas à un examen approfondi et qui repose sur une confusion de la Possession et de la détention. La propriété ne vient certes pas de la Possession juridique, cette dernière est une institution relativement récente dont on peut retrouver aisément l'histoire, tandis que les origines de la propriété remontent presque partout au-delà des plus antiques traditions.

Il est bien certain d'ailleurs que la propriété n'a pas présenté dès les premiers âges le caractère abstrait que nous lui reconnaissons aujourd'hui. Les premiers peuples confondaient dans un concept unique la Possession et la propriété, mais c'était quand même la propriété. Au contraire, les législations qui se partagent aujourd'hui l'Europe font dériver exclusivement de l'Etat le pouvoir absolu sur la chose qu'on appelle propriété ; mais c'est une théorie dangereuse qui rendrait bien difficile la justification de cette

propriété; car si la propriété n'est qu'une création civile, le résultat d'une concession gratuite et révocable, quelque chose de relatif en raison pure, il s'en suit nécessairement que la société peut supprimer la propriété ou la reconstituer sur des bases nouvelles.

4. — Mais ce n'est là, hâtons-nous de le dire, qu'une conception étroite de nos législations. Non, la propriété n'est pas une création arbitraire de l'esprit humain; elle invoque pour se justifier l'appropriation par le travail.

Dieu, en effet, en créant l'homme, a voulu qu'il pourvût à ses besoins par le travail et ce travail s'exerce sur la matière que l'homme arrive à plier à sa personnalité, à s'approprier et à s'identifier. Cette idée de main-mise et d'appropriation individuelle, conséquence de l'individualité des besoins et du travail, est de tous les temps et de tous les lieux; chacun porte en soi la conscience que, lorsqu'il s'est emparé d'une chose qui n'appartient à personne, lorsqu'il l'a transformée par son travail et son industrie, il y a dans cette chose comme une partie de lui-même qu'il pourra, selon la remarque saisissante de Rousseau, « réclamer contre qui que ce soit, comme il pourrait retirer son bras de la main d'un autre homme qui voudrait le retenir malgré lui. »

L'idée de possession, loin donc d'avoir précédé l'idée de propriété, en serait au contraire contemporaine ou plutôt elles ne se distinguaient pas l'une de l'autre à l'origine; elles se fondaient en une notion unique, et ce n'est que plus tard, lorsque l'esprit humain s'est lancé dans le domaine des abstractions que la possession juridique a pu être reconnue, dégagée et déterminée. C'est ce qu'il est facile de démontrer aussi historiquement.

Les Romains des premiers siècles ne connaissaient que le « Dominium ex jure Quiritium » rien autre chose; ce n'est que dans une période plus avancée que le Préteur admit la propriété bonitaire, la propriété de droit des gens et la possession juridique, dégradations successives de l'ancienne conception absolue du « dominium », dans un sens précisément inverse que celui indiqué plus haut par Paul, d'après Nerva le fils.

« Dominiumque rerum ex naturali possessione cœpisse Nerva filius ait. »

5. — Les partisans de la doctrine contraire opposent que la propriété individuelle, au moins la propriété immobilière, semble bien incompatible avec l'état nomade et pastoral des

sociétés primitives. Ils ajoutent que chez les Romains même la propriété collective a, semble-t-il, précédé la propriété individuelle, que plus tard sans doute la République octroya quelques parcelles de la propriété territoriale commune, mais dans une proportion qui lui enlevait toute importance que c'est donc par la possession préalable d'une partie du domaine collectif qu'on a pu arriver à la propriété.

On argumente aussi de ce que la propriété et l'idée de propriété auraient été inconnues des anciens Germains chez lesquels il est facile, dit-on, de distinguer trois périodes principales dont l'examen permet d'assister à la naissance même de la propriété individuelle. — 1re Période. Absence de toute propriété individuelle; le territoire appartient à tous (César. De Bello Gallico IV, I et VI, 21, 22. Tacite, Germania Ch. 26.) — 2me Période. Par suite des conquêtes et de l'accroissement des richesses mobilières, on admet une propriété individuelle mais elle ne peut être transférée que dans l'assemblée du peuple, et dérive de l'Etat. — Loi des Ripuaires (VIme siècle) Ch. 59 § 1. — 3me Période. On n'exige plus pour le transfert de la propriété que l'assentiment de la famille et l'intervention de l'autorité judiciaire. — XIIIme siècle. Miroir des Saxons I, 52, 34.

On fait également remarquer que l'ancien Droit slave n'accordait aux individus qu'un Droit d'usage sur le sol national, que ce ne fut qu'à partir du XIIme siècle que la notion de la propriété individuelle des immeubles se fit jour en Pologne.

Enfin, l'on ajoute que, de nos jours, dans l'Inde et dans la commune ou Mir Russe, la possession seule se conçoit pour l'individu. Ces considérations, dit-on, prouvent surabondamment que la possession précède la propriété et qu'elle en est l'origine.

Nous ferons observer seulement que tous ces arguments ne portent que sur la propriété immobilière et qu'il est certain que la propriété mobilière a été reconnue de tout temps, même aux époques les plus reculées; il est donc inexact de dire que l'idée de propriété a été inconnue aux premiers siècles. Si on ne l'a pas appliquée dès l'abord à la terre, c'est qu'en effet la terre n'a pas été le principal objet du travail de l'homme qui pourtant, même nomade et pasteur, a affirmé son droit exclusif et absolu sur les instruments et les armes qu'il confectionnait et faisait siens en s'en servant.

La seule chose donc que l'on puisse accorder, c'est la

confusion certaine des divers éléments qui composent la propriété, mais la distinction et l'analyse reparaissent d'autant plus absolues que l'organisation sociale devient plus parfaite, et c'est alors que par une conséquence naturelle on en vient à se demander si la possession ne doit pas être protégée pour elle-même et indépendamment de la propriété.

Evidemment cette question comporte bien des solutions séparées par des nuances multiples dans le détail. La possession doit-elle être protégée avec ou sans conditions de durée, ne doit-elle à un autre point de vue recevoir la consécration de la loi que si elle se présente fortifiée par l'adjonction de certains éléments favorables et notamment du juste titre et de la bonne foi?

Sur ces différents points les diverses législations devaient varier et varient en effet à l'infini.

4. — Nous étudierons successivement dans les deux premières parties de ce travail les principes qui ont inspiré le système possessoire du Droit Romain et de l'Ancien Droit. Dans une troisième partie nous rechercherons avec le secours de la doctrine et de la jurisprudence, comment le Droit actuel, sous la triple influence du Droit Romain, du Droit Canonique et du Droit Coutumier, a organisé la défense de la Possession (1).

(1) Parmi les auteurs qui nous ont principalement servi dans notre étude, nous indiquerons :

Pour le Droit Romain, — outre les cours d'Accarias et de Maynz, la Dissertation de Machelard sur la Possession et les Interdits du même auteur, l'ouvrage de Savigny et Rudorff sur la Possession (7e édition). — Molitor : De la Possession. — Appleton : De la Possession et des Actions Possessoires. — Bourcart : Etude historique et pratique sur les Actions Possessoires. — Witte et Carl Albert : Monographies sur l'« Uti Possidetis ».— Wiederhold : Monographie sur l'« Uti Possidetis » et la « Novi Operis Nuntiatio. — Meischeider : La Possession et les Actions Possessoires. — Bruns : Les Actions Possessoires, la Possession au Moyen-Age. — Randa : La Possession dans le Droit autrichien. — Ihering : Fondement des Interdits Possessoires, — et accessoirement les ouvrages de Blondeau, de Giraud, de Pellat et de Bethman Hollweg, etc.

Pour le Droit Français, — outre les ouvrages d'Appleton et de Bourcart déjà cités et les Ouvrages généraux (Demolombe, Aubry et Rau, les Répertoires de Merlin et de Dalloz et les Pandectes françaises). — Curasson : Traité de la Compétence des Juges de Paix (4e édition), avec les notes de MM. Poux-Lagier et Pialat. — Henrion de Pansey : Traité de la Compétence des Juges de Paix. — Bélime : Du Droit de Possession. — Alauzet : Histoire de la Possession. — Bourbeau : Justices de Paix. — Garnier : Actions Possessoires. — Wodon : La Possession et les Actions Possessoires, — et aussi Troplong : Prescription. — Leroux de Bretagne : Prescription. — Pardessus : Servitudes. — Ducroq : Droit administratif. — Daviel : Cours d'Eau, etc., etc.

ERRATA

Page	Ligne	Au lieu de	Lisez
XI	Note	Ducroq	Ducrocq
5	32	Posidere	Possidere
6	3	πεος.	προς
13	30	qu'à celui qui peut usucaper	ajoutez : ?
16	14	ne présente aucune contradiction	id. ?
21	1	entendu par la	id. ?
30	10	propriéié	propriété
39	17	pure substilité de dire . .	pure subtilité que de dire
40	3	propriétaire qui	propriétaire ; qui
49	1	il fallait.	, qu'il fallait
49	22	avaient	avait
51	Sommaire	53. Démonstration de ce caractère pour.	Démonstration de ce caractère par
51	Note 1	Claudio Janet	Claudio Jannet
60	14	sponcio.	sponsio
66	Note	Ubi possidetis	Uti Possidetis
82	10	cagnitio.	cognitio
88	4	permittum	permittam
92	Note	contracdition	contradiction
94	21	au moyens	au moyen
108	23	poposer.	opposer
111	Note	nonulli	nonnulli
136	11	pro Tullo	pro Tullio
147	28	bonorum ruptorum. . . .	bonorum raptorum
148	34	vaticane-fragmenta . . .	Vaticana fragmenta
155	10	liberis daudun.	liberis dandum
165	2	actio injurarum	actio injuriarum
217	24	Utis Possidetis.	Uti Possidetis
220	29-30	quod a periculum	quod ad periculum
221	29	spolatione.	spoliatione
224	36	ne qui	ne quis
231	9	Herrion de Pausey . . .	Henrion de Pansey
239	28	n'a.	n'est
245	7	pourcuivra	poursuivra
249	8	(1)	(2)
254	5	complendre	comprendre
264	16	Réintégrante	Reintegrande
265	20	nous paraît	il nous paraît
272	22	présemption.	présomption
281	19	22 Pr.	23 Pr.
282	1	mais elle n'est complète .	mais elle n'est pas complète
296	10	origa	origo
298	25	puisqu'on	puis qu'on
299	1	succurunt	succurrunt
334	Note 2	Proux-Lagier	Poux-Lagier
360	9	Heurion.	Henrion

Page	Ligne	Au lieu de	Lisez
363	13	les equestre.	le sequestre
384	16	son praticien	son Praticien
384	29	l'action reintegrande. . .	l'action en reintégrande
411	13	pourvus.	pourvu
421	1	considerées	considérés
423	24	Ducroq	Ducrocq
441	Note	id.	id.
443	33, 35	id.	id.
445	10	id.	id.
446	Note	id.	id.
453	26	id.	id.
455	23	id.	id.
456	13	id.	id.
457	21	id.	id.
463	11	id.	id.
464	8	id.	id.
500	24	passage.	pacage
501	18	spécial	particuliers
501	19	particulier	spécial
524	22	a fin	afin
542	3	Cougrès.	Congrès

DROIT ROMAIN

ACTIONS POSSESSOIRES

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. — Avant d'aborder l'étude des Actions Possessoires en Droit Romain, nous devons faire deux remarques importantes.

A. Le terme Actions Possessoires n'est pas romain; mais comme notre sujet ne comporte pas l'étude entière des Interdits, nous nous sommes cru autorisé à employer cette expression générale dont le sens est net et dont la portée est d'indiquer que nous traiterons de ceux-là seuls qui servent à protéger réellement la Possession, c'est-à-dire des Interdits « Retinendæ et Recuperandæ Possessionis ».

B. D'autre part, une étude précise des Actions Possessoires serait impossible sans un exposé sommaire préalable des règles de la Possession, sans la détermination exacte du droit que ces actions ont pour but de protéger.

Aussi avons-nous donné place dans notre Thèse à un chapitre préliminaire qui a pour but de poser les principes de la « Possession ad Interdicta », d'en fixer la nature, les conditions, les effets, la base, d'indiquer les objets auxquels elle s'applique. Notre but n'étant pas de donner un travail sur la Possession, nous avons essayé d'être bref spécialement sur ce qui a trait à l'acquisition et à la perte de la possession.

CHAPITRE I

DE LA « POSSESSIO AD INTERDICTA »

§ 1er. — *Définitions et Etymologie.* — 6. Difficulté de donner une bonne définition de la Possession. Théories inexactes de Savigny et de Molitor. — 7. Etymologie et sens du mot « Possessio ».

§ 2. — *Des Termes indiquant les qualités de la Possession.* — 8 et 9. Possession « Justa » ou « Injusta »; « bonæ fidei » ou « malæ fidei ».

§ 3. — *Des Termes qui marquent la Nature de la Possession.* — 10. De la « Possessio Civilis » et de la « Possessio naturalis. » — Controverse. — 11. — I. Système de Placentin. — 12. — II. Système de Bassien. — 13. — III. Ecole de Cuperus (Vangerow.) — 14. — IV. Théorie de Savigny. Exposé. — 15. Examen de cette théorie et des textes sur lesquels elle s'appuie. — 16. Réfutation de la Théorie de Savigny. — 17. Conclusions.

§ 4. — *Eléments de la Possession.* — 18. Du « Corpus » ; de la façon très large dont les Romains entendaient cet élément matériel. — 19. De la Représentation. — 20. De la « Custodia ». — 21. De l' « Animus Domini ». — 22 De la Règle que la Possession des Immeubles se conserve « animo solo ». — 23. Exceptions à l' « Animus ». — 24. De la situation du créancier Gagiste. — 25. Explication de l'Exception faite en sa faveur. Examen et Réfutation de la théorie de Savigny. — 26. Examen et Réfutation de la théorie de Machelard. — 27. Motif véritable de l'exception. — 28. Des autres Possesseurs sans « Animus domini ».

§ 5. — *Conditions de la Possession.* — 29. Il faut une Personne capable. — 30. Il faut une « Possessio vacua ». De la Règle « Duos in solidum possidere non posse ». — 31. — Des Possessions indivises.

§ 6. — *Nature de la Possession.* — 32. La Possession est-elle un Fait ou un Droit? Examen de la théorie qui ne voit en elle qu'un pur Fait. Objections. — 33. La Possession est un Droit. Motifs de raison. — 34. La Possession est considérée comme un Droit par les jurisconsultes Romains. — 35. Mais la Possession est un Droit Personnel, non un Droit Réel.

§ 7. — *Effets de la Possession.* — 36. Examen de la théorie de Savigny qui n'attribue à la Possession d'autre effet que de donner droit aux Interdits. Objections.

§ 8. — *Objet de la Possession.* — 37. De la Quasi-Possession. — 39. Comparaison avec le Droit Français.

§ 9. — *Du Fondement Théorique et Pratique des Actions Possessoires.* — 40. Embarras des auteurs qui ne voient dans la Possession qu'un simple Fait. — Multiplicité des systèmes. — 41. Motifs qui selon nous justifient la protection de la Possession.

§ 1. — Définitions et Etymologie

6. — Nous avons indiqué déjà ce que l'on entendait par le terme Possession : le pouvoir physique de l'homme sur une chose combiné avec la volonté de l'avoir pour soi. L'art. 2228, Cod. civ., donne une définition qu'on pourrait presque qualifier d'irréprochable : « détention en son propre nom (1) ».

Mais ce ne sont là que des formules générales et quand on veut les serrer de près, on voit apparaître de graves difficultés. Quelle est l'importance respective de ces deux éléments ; quelle est la notion fondamentale de la Possession ?

Savigny, dont l'ouvrage sur la matière, a une importance capitale, en a donné une analyse que nous allons examiner.

D'après lui la Possession se compose de deux éléments :

1° La « detentio », c'est-à-dire la faculté de disposer de la chose et de la défendre contre toute action étrangère, élément purement physique, mais élément fondamental.

2° Un deuxième élément tout moral, l'intention de posséder, qui ne consiste point dans la croyance que l'on exerce un droit, mais bien dans le refus de reconnaître chez autrui un droit supérieur au sien (2).

De ce que la notion fondamentale et essentielle de la Possession est la Détention, Savigny tire des conséquences importantes, notamment que la Possession n'est qu'un fait dans son essence.

Cette théorie a été justement critiquée et nous ne croyons pas pouvoir l'adopter. Sans examiner encore si la Possession n'est qu'un fait comme le prétend Savigny, j'essayerai de réfuter le principe sur lequel il prétend fonder toute sa théorie de la Possession.

(1) Comp. Définition de Voët « Detentio rei corporalis animo sibi « habendi ».

(2) Savigny. Traité de la Possession, 7me édition, publiée par Rudorff. Traduction Stœdtler. — Bruxelles, 1866.

D'abord elle ne saurait se justifier par aucun texte. Bien plus des textes précis la condamnent absolument. L. 1 § 3, L. 41, (41,2). Si la Possession consistait dans la possibilité physique d'agir sur la chose, on devrait dire que l'acte du furieux qui s'empare d'un objet, ou le fait de quelqu'un qui se rend sur le fonds d'un ami constituent une possession ; or les lois ci-dessus nous disent que de tels faits sont de nulle considération en droit.

« Non possunt incipere possidere quoniam affectionem tenendi non habent. L. 1 § 3. — Non videtur possidere quia non eo animo ingressus est ut possideat, licet corpore in fundo sit ».

Et cette idée est absolument incompatible comme nous le verrons plus loin avec cette règle qu'on peut posséder les immeubles « animo solo », admise par les Jurisconsultes classiques.

Ce n'est pas que « l'animus » d'autre part suffise à lui seul pour fonder la Possession, il faut la réunion du « corpus » et de « l'animus ». Le fait de détenir, manquant de volonté serait sans valeur, mais la volonté sans la détention serait inefficace. C'est ce qu'exprime fort bien Doneau dans sa définition de la Possession. « Possidere non est corpore rem contingere, sed ita attingere, ut affectum tenendi habeas. » Et il ajoute : « Erit igitur possessio detentio rei corporalis quœ in commercio sit, aliis possessoribus vacuæ, cum affectu domini seu dominantis conjuncta (1). »

On peut rapprocher cette définition de celle de Mühlenbruch. « Usus rei eum affectu sibi eam habendi (2). »

Et de celle de Zachariœ. « Possessio nobis est, ea rei ad hominem ratio, e qua appareat esse alicui et animum rem sibi habendi et reliquarum virium modum animo illi accommodatum. »

(1) Doneau. Comm. Jur. Civ. Livre V, Ch. 6.

(2) Comp. Appleton, De la Possession et des Actions Possessoires. Paris 1871, n° 1 et suiv.

Molitor (1) trouve que ces définitions manquent de généralité en ce qu'elles ne comprennent pas la détention de celui qui possède au nom d'autrui et il propose cette définition (n° 9). La Possession est la puissance que la volonté de l'être personnel et libre exerce sur les choses du monde extérieur, en leur communiquant l'empreinte de son inviolabilité. Cette puissance, on peut l'exercer en son propre nom ou au nom d'autrui et cette distinction, dit-il, est celle de la loi de Paul, L. 1. pr. de adquir. Posses. 41,2.

Nous croyons qu'une telle définition est trop vague pour être acceptée, surtout, nous ne croyons pas pouvoir admettre l'explication que donne M. Molitor de la loi 1.

Dans cette loi, Paul nous donne une définition de la Possession et l'étymologie du mot « Possessio. » « Possessio appellata est a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Græci κατοχην dicunt (2) ».

Cette définition fait seulement ressortir l'élément matériel, le rapport physique d'une personne avec une chose, rapport consistant en ce que la chose est en contact avec une personne de manière à être soumise à son empire. Mais cela ne marque en rien qu'on veuille l'avoir à titre de « dominus ».

7. — C'est d'ailleurs une erreur que de prétendre avec certains commentateurs français, que l'étymologie donnée par Paul est inexacte et que « Possessio » dérive de « Posse ».

Nous reconnaissons avec Molitor (3) et la plupart des auteurs allemands que « Posidere » veut dire étymologiquement *être installé sur*. C'est avec raison que ces derniers établissent un parallélisme complet entre la formation du mot « Possessio » et celle du mot

(1) Molitor. Cours de Droit Romain approfondi, Tome III. De la Possession, 2e édition, Paris, 74.

(2) La Vulgate donne *pedibus*, mais la leçon de la Florentine *sedibus* est plus conforme à l'étymologie.
Les deux mots d'ailleurs indiquent une idée analogue.

(3) Molitor, n° 8.

« Besitz » qui dérive, lui, sans difficulté du mot « sitzen, » s'asseoir. « Possidere » se décomposerait donc en « po-sedere, » la particule *po* dérivant de πεος ou de ποτι serait employée pour renforcer la portée du mot principal comme be en allemand et κατα en grec.

Donc le mot « Possidere » ne fait ressortir que l'élément matériel de la Possession juridique. D'après son sens usuel, d'après son étymologie, il s'applique même à une simple détention. Et c'est pour cela qu'on peut dire qu'il n'y a qu'un genre de Possession, mais des espèces infinies. Le Droit Romain en effet n'emploie pas seulement pour désigner la détention le mot « detentio, » mais encore le mot « possessio » accompagné ordinairement d'un qualificatif, « naturalis. »

Pourtant si on laisse de côté la Possession de ceux qui tiennent leur droit de la loi, en la considérant comme une sorte de propriété dont l'existence résulte des conditions particulières suivant lesquelles le Droit Romain s'est développé, on ne trouve en somme que deux degrés dans la Possession juridique.

Dans l'un la Possession obtenue « corpore et animo » est protégée par les Interdits, soit chez celui qui l'a ainsi acquise, soit même dans certains cas, chez celui à qui elle a été transférée.

Le second degré de la Possession est constitué par l'adjonction de certains éléments favorables à la Possession « ad Interdicta, » mais c'est au fond la même Possession.

Il n'y a donc qu'une Possession juridique si l'on analyse bien les choses et en face d'elle une « nuda detentio » (qui, sans doute, à l'époque d'Ulpien, donne certains privilèges spéciaux, mais qui n'a pas été élevée jusqu'à la hauteur d'une institution juridique ;) ou bien une détention au nom d'autrui qui n'est pas une institution juridique propre, puisque les droits du débiteur ne sont autres que ceux dérivant d'un contrat.

§ 2. — Des termes indiquant les qualités de la Possession

8. — Tels sont les principes, mais nos textes n'ont pas nettement comme nous distingué ces trois termes. « Detentio, Possessio proprie sic dicta, Possessio ad Usucapionem. »

Nous trouvons à chaque instant dans nos sources des expressions comme celles-ci « Possessio bona fide, cum justa causa, civilis, naturalis ; in possessione esse, naturaliter tenere, etc. » Il importe donc d'examiner avec soin la terminologie Romaine pour savoir quand nous nous trouverons en présence d'un « Possessio ad interdicta », d'une « Possessio ad usucapionem » ou d'une simple détention.

9. — 1° La Possession peut être « Justa » ou « Injusta ». On pourrait entendre par « Possessio justa » toute Possession qu'on a le droit d'avoir. En ce sens, L. 13, § 1. « De Public in rem act. 6, 2. — L. 7, § 8. Commun. Divid. 10, 3.

Mais spécialement la Possession est « justa » ou « injusta » selon la manière dont elle a été acquise. Pour la « Possessio ad interdicta », cette qualité de la Possession est en général sans importance. — L. 3, § 5. « De adquir. vel amitt. Possess. 41, 2. — « In summa possessionis, non multum interest juste quis an injuste possideat. »

2° La Possession peut être « bonæ fidei ou malæfidei ». Gaius II, 45.

On possède de bonne foi quand on a la croyance qu'on a droit à la chose à titre de propriétaire, de superficiaire, d'emphyteote, de gagiste ; de mauvaise foi, quand on n'a pas cette croyance. Cette distinction, pas plus que la précédente n'a d'importance pour la « possessio ad interdicta ».

On peut d'ailleurs être possesseur de bonne foi et avoir une Possession injuste, quand par exemple on s'est saisi de vive force d'une chose dont on croyait être le propriétaire, à l'inverse on peut être possesseur

de mauvaise foi sans avoir une Possession injuste, par exemple, on a acheté une chose qu'on savait ne pas appartenir au vendeur.

L'adjonctien de ces deux éléments accessoires n'est pas nécessaire pour qu'il y ait « Possessio ad Interdicta » ; leur réunion, au contraire constitue la « Possessio » du degré supérieur qui donne droit à l'Usucapion et à la Publicienne.

§ 3. — Des termes qui marquent la nature de la Possession

10. — Nous trouvons ici deux termes principaux s'opposant l'un à l'autre, « Possessio civilis, Possessio naturalis » qui forment la base de la théorie romaine. Quelle est leur valeur exacte, comment se distinguent ces deux grandes branches de Possessions ! Nous abordons ici une des théories les plus délicates et les plus controversées parmi les commentateurs.

Nous avons plus haut posé un principe certain.

Il n'existe que deux degrés de possession, l'une *animo et corpore tantum*, l'autre *animo et corpore* également mais « cum justa causa et bona fide. » En dehors de ces deux degrés il n'y a que la *detentio*, de quelque nom qu'on l'appelle.

Mais lorsqu'on fait mention dans nos textes de « Possessio naturalis » ou de « Possessio civilis » comme, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, les Romains emploient le terme de « Possessio » même au cas de la « detentio », on voit quelle confusion inévitable lorsqu'il s'agit de fixer exactement la valeur de ces expressions, puisque nous sommes en présence de deux termes seulement pour désigner trois choses absolument distinctes.

Aussi les systèmes contradictoires ont-ils abondé et l'on considérait avant Savigny comme une chose à peu près impossible de donner une explication satisfaisante sur ce point spécial.

Examinons rapidement les principales solutions données à ce problème.

11. — I. — Système de Placentin, suivi dans ses grandes lignes par Azon, Alciat, Duaren, Merillius et Mœnochius (1).

La possession comprend — un élément naturel, le « corpus » ou fait matériel — un élément civil, « l'animus. » — Placentin reconnaît que la possession existe en général « civiliter et naturaliter, » qu'elle peut se rencontrer « civiliter solummodo, » mais jamais « naturaliter solummodo. ».

Mais la possession qui devrait être dans tous les cas « civilis » est « possessio plena » ou « semi-plena, » suivant qu'elle conduit ou non à l'Usucapion. Elle se divise donc d'après ses effets.

D'ailleurs le nom de Possession s'applique à toute situation pourvue d'effets juridiques propres.

Placentin et d'après lui Dunod (2), nomment « Posses- « sio civilis » celle qui n'existe qu'en droit et non physiquement.

12. — II. — Bassien reconnaît aussi deux Possessions, l'une « civilis » préférable, l'autre « naturalis ». Mais quels sont les effets particuliers à chacune d'elle:

a. La « Possessio civilis » est bien celle qui donne lieu à « l'Usucapion ».

Bassien, Bartole, Cujas, Ferretus, le président Brisson, Vinnius, Domat et Pothier sont d'accord sur ce point (3).

b. Mais la « Possessio naturalis ? »

Elle ne donne que les Interdits et on doit refuser ce dernier nom à la simple détention, disent Bassien, Cujas, Bartole et Pothier.

Elle comprend à la fois la « Possessio ad Interdicta », et la simple détention, d'après Ferretus, Brisson, Vinnius et Domat.

c. Enfin, c'est là une erreur commune à ce groupe

(1) Placentin enseignait à Montpellier en 1195.
Savigny. Histoire Dr. Rom., III. p. 65.

(2) Dunod. De la Prescription, p. 16.

(3) Voir Pothier. Traité de la Possess. Ch. 1, art. 2.
Bartolus. « In Digestum novum ». Ch. 1, pr. de la Poss. nos 7-13.
Domat. Lois Civiles. Liv. 8, tit. 7. Préliminaires et section 1re.

de commentateurs, le « prædo » n'a pas la « naturalis Possessio ».

D'ailleurs Bartole base la « Possessio civilis » sur la justa causa », sans exiger la « bona fides » et étend ainsi la qualification de « civilis » à des Possessions insuffisantes pour usucaper.

Le même Bartole avait avancé que la « Possessio naturalis » est la « Possession cum justa causa des jura in re » et que toute Possession sans titre légal se nomme simplement « corporalis ».

Cette nomenclature fut adoptée par Cujas (1) qui décida que les Interdits ne peuvent pas être fondés sur la « corporalis Possessio », mais sur un motif légal invoqué à l'appui de cette détention.

13. — III. — Une troisième école nomme « Possessio civilis » toute Possession juridiquement reconnue, soit qu'elle soit « ad usucapionem », soit qu'elle soit « ad interdicta », et pour elle les expressions, « naturalis Possessio, esse in Possessione, corporaliter tenere, non possidere », s'appliquent à la simple détention matérielle.

En ce sens (2), Vaconius à Vacuna, Le Conte, Charondas, Cûpérus, Thibaut, Erb, ce dernier admettant avec Cujas que « l'Interdit de Vi » est parfois accordé à la « Possessio naturalis »; enfin Vangerow, qui a soutenu sur ce point une lutte très vive avec Savigny, admet ce système en partie. D'après lui, la « Possessio civilis » comprendrait aussi la « Possessio ad Interdicta », au moins celle qui s'exerce avec « l'animus domini » ; mais les cas de Possession spéciale que Savigny appelle Possession dérivée, ne sont pas des cas de Possession juridique, non plus que la Possession de la femme donataire; et on n'aurait accordé les Interdits à ces personnes que par une

(1) Cujaccii Observat. Liv. 27, chap. 7. — « Cuj. Recit in. L. 1., pr. de Adquir vel amitt. Poss. »

(2) Vangerow. Lehrbuch. I. 199. — Thibaut Ueber Besitz, § 11. — Ueber « Possessio civilis Archiv. fur die civil, Praxis ». (année 1835.) — Cuperus. « Observationes selectae de natura Possessionis ». (1789.) 1re part. Ch. 3-4.

concession commandée par l'équité ou l'utilité mais contrairement aux principes rigoureux.

14. — IV. — D'après Savigny, la « Possessio » comprend le « corpus » et « l'animus sibi habendi » ou « animus domini ».

D'ailleurs peu importe que le possesseur soit propriétaire, ou même qu'il croie l'être, le « praedo » donc possède, car d'une part il a le « corpus », d'autre part son intention manifeste est de traiter comme sien l'objet volé. C'est ainsi qu'il se différencie du commodataire par exemple, qui lui aussi détient, mais qui n'a pas « l'animus », car il reporte sur un autre la qualité de propriétaire.

Ceci posé, dit Savigny, la « Possessio » peut être « civilis », produisant des effets en vertu du droit civil même, non pas en vertu de l'Édit ou « du Jus Gentium ». Une possession de ce genre n'est autre que la « Possessio ad Usucapionem », car le seul effet que le « jus civile » accorde à la Possession est la faculté d'usucaper, dont la Possession est le moyen si elle se présente avec la « justa causa » et la « bona fides ».

En dehors du cas d'Usucapion, la Possession est simplement « naturalis » ou bien les textes disent du possesseur: « non civiliter possidet ». Mais la négation de la possession civile est susceptible de deux degrés.

D'une part, en effet, la « Possessio naturalis » n'est pas toujours dépourvue d'effets juridiques. C'est ce qui a lieu pour ceux qui détiennent une chose avec l' « animus domini », qu'ils aient ou non juste titre ou bonne foi et à qui le droit prétorien accorde la protection des Interdits. Ce n'est pourtant là qu'une « Possessio naturalis », Souvent d'ailleurs, nos textes nomment une telle possession purement et simplement « Possessio ». C'est la Possession par excellence. A un autre point de vue, observe Savigny, le mot « Possessio », sans aucun qualificatif peut désigner un rapport naturel qui a quelques effets de droit, par exemple celui de donner le rôle de défendeur dans la Revendication.

A plus forte raison, d'autre part, ceux qui n'ont pas

l' « animus » n'ont qu'une « Possessio naturalis. » Ainsi le fermier ou le commodataire. Aussi dira-t-on d'eux, tantôt en envisageant le défaut d'animus, « non possident, in possessione non sunt, » tantôt s'arrêtant à leur situation extérieure de fait, qui les rend semblables quant au « corpus » au véritable possesseur, — « corporaliter, naturaliter « possident. »

Sans doute cette confusion de la « Possessio ad Interdicta » et de la simple détention indique un vice de la terminologie romaine, et ce n'est que par l'examen particulier de chaque hypothèse où se rencontre l'expression « Possessio naturalis » qu'on peut déterminer dans quel sens au juste elle est employée.

Ce n'est d'ailleurs, nous dit Savigny, que la conception même de Doneau (1) et l'on voit en somme combien cette théorie se rapproche du système de Bassien, Cujas et Pothier, sauf en ce qui concerne le « praedo » et le sens du mot « Possessio » employé sans qualificatif.

On retrouve ainsi sous des dénominations variables la « Possessio ad usucapiendum, » la « Posses- « sio ad Interdicta, » la « Possessio corporalis. »

Ce système aurait, d'après Savigny, l'avantage d'attribuer au mot « civilis » le sens qu'il a dans les expressions générales « jus civile, actio civilis, cogna- « tio civilis » et Rudorff fait remarquer que sa vraisemblance est encore augmentée par un passage du « Fragmentum Vindobonense » publié par Endlicher, passage dans lequel Ulpien rappelant la division du Droit en « jus naturale, jus gentium, jus civile, » rattache la protection de la possession par les Interdits au « jus gentium ».

15. — Cette théorie de Savigny (2), généralement admise en France, mérite de notre part un sérieux

(1) Hugo Donellus. Comm. juris civ. Livre V, chap. 6-13. Livre XV, Ch. 32-38. Francfort 1595.

(2) Savigny. § 5 et suiv. — Rudorff sur Savigny. P. 600-628. — Machelard. Dissertation sur la Possession, § 1er.— Van Wetter, 35, 45.—Molitor, n° 3 et suiv. — Bertin. Thèse, 1871, Caen. La Possession des Immeubles, n°s 42-46.

examen ; à cause des conséquences considérables qu'elle peut entraîner pour l'exégèse des textes, il importe d'en fixer exactement la valeur.

Savigny se fonde pour établir son système sur trois textes principaux.

« L. 16. De Usurp. et Usucap. 41, 3. — Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet. »

« L. 3. (§ 15, Ad Exhibendum 10, 4.) — Sciendum est adversus possessorem hac actione (ad exhibendum) agendum, non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. »

« L. 4. Ad exhibendum 10, 4. — Nam et cum eo apud quem deposita, vel cui commodata, vel locata res sit, agi potest. »

Nous trouvons, dit Savigny, trois ordres de possesseurs indiqués dans ces trois lois. La loi 3 distingue celui qui possède « naturaliter, » comme le créancier gagiste (Denique voulant dire ici : ainsi, en conséquence) ; or celui au profit duquel le « pignus » est constitué acquiert la possession de la « respignerata (L. 16. supra.) C'est lui qui peut exercer les Interdits. Retinendœ et Recuperandœ Possessionis causa. » D'autre part, il ne possède pas « ad Usucapionem » mais bien celui-là « qui pignori dedit (ead. lég.) » Si donc on lui refuse le « civiliter possedere », n'est-on pas conduit à dire que cette expression ne s'applique qu'à celui qui peut usucaper. D'autre part l' « actio ad exhibendum » est donnée (L. 3) contre le possesseur, contre celui qui « civiliter aut naturaliter incumbit possessioni ; » Or, la loi 4 nous dit qu'on peut agir contre le dépositaire, le commodataire, le locataire. Ce sont donc des possesseurs véritables. Or, ils n'ont évidemment pas la « Possessio civilis. Quelle posession auront-ils donc ? La possessio naturalis. » Mais ce sont de simples détenteurs. On doit donc conclure qu'un simple détenteur était quelquefois considéré comme « naturaliter possidens. »

Ceci est confirmé par un autre texte L. 1 § 9, 10. De Vi, 43, 16, dans laquelle Ulpien nous déclare que, pour être considéré comme « dejectus, » et pour avoir par suite droit à l'Interdit il suffit de posséder naturaliter. — « Dejicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat, nam et *naturalis Possessio* ad hoc Interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit Interdicto uti; non tamen si colonus. » (Denique, même sens que « suprâ. »

Le « Colonus », simple détenteur, ne peut arguer qu'il a la « Possessio naturalis, » quand celle-ci est prise dans le sens de possession propre aux Interdits. Quant à la femme elle a la « Possessio naturalis » ainsi qu'il résulte de (L. 1, § 4, Paul. « De adquir, vel amitt. Possess. 41, 2) », s'il y a eu tradition faite par le mari, car à quoi servirait de refuser la Possession à la femme qui a évidemment le « corpus » et l' « animus »? Ce serait sans utilité pour le mari, qui, dès qu'il a voulu cesser de posséder, a perdu la Possession à l'instant même; de sorte que si la femme ne possédait pas, personne en somme ne posséderait et l'objet serait à la merci du premier venu. Cette « Possessio » de la femme ne saurait être dite « civilis » car (Paul, L. 1, § 2. « Pro Donat. 41, 6 ».) l'usucapion est interrompue, il n'y a donc pas d'accession des Possessions et l'on se trouve en présence d'une « Possessio naturalis. »

Enfin on trouve ce terme même « naturalis Possessio », employé par les jurisconsultes et appliqué à celui chez lequel on ne rencontre que l'un des éléments de la Possession, le « corpus ». Julien L. 2, § 1. « Pro hœrede 41, 5. — Quod vulgo respondetur, causam Possessionis, neminem sibi mutare posse, sic accepiendum est, ut Possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. — Et propterea responsum est neque colonum, neque eum apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa, pro hœrede usucapere posse ». On invoque encore une autre loi de Julien. L. 33, § 1. « De Usurp. et Usuc » 43,1) où le juriscon-

sulte indique que le colonus nec ullam Possessionem habet.

Comp. Paul. L. 38 (10. De Usurp. 41, 3.

16. — Tels sont les textes principaux sur lesquels Savigny appuie sa théorie. Malgré la force de son argumentation, nous ne croyons pas devoir l'admettre sans réserve, et il nous semble que les textes même qu'il invoque se retournent contre lui.

Remarquons tout d'abord que le terme « Possessio civilis ne se rencontre qu'une seule fois dans les sources. — L. 2, § 1. « Pro hœrede », 41, 5.) Or que dit ce texte: « Cette proposition généralement admise que personne ne peut changer la cause de sa Possession doit être entendue en ce sens qu'elle s'applique non-seulement à la « Possessio civilis » mais encore à la « Possessio naturalis ». C'est pourquoi on a décidé que ni le fermier, ni le dépositaire, ni le commodataire ne peuvent invoquer l' « usucapio lucrativa pro hœrede. »

Sans doute Julien admet bien que le fermier, le dépositaire, le commodataire ont la « Possessio naturalis »; mais aussi il oppose formellement cette « Possessio naturalis » à la « Possessio civilis », et par un argument à contrario saisissant la « Possessio civilis » s'applique à tous les possesseurs autres que les détenteurs, c'est-à-dire à ceux qui ont droit aux Interdits comme à ceux qui ont droit à l'Usucapion. Les exemples que donne Julien de personnes ayant la Possession naturelle visent sans exception des détenteurs; il en résulte que la « Possessio naturalis » comme l'entend ici Julien se confond avec la détention.

Et la loi 33. « De Usurp. et Usucap. » 41, 3, du même Julien, n'est pas moins décisive. Ce qu'on décide généralement, dit le jurisconsulte (que personne ne peut lui-même changer la cause de sa Possession), est vrai chaque fois que l'on se trouve en présence de quelqu'un qui saurait qu'il ne possède pas « bona fide » et qui commencerait une Usucapion « lucrifaciendi causa », et voici ce qui le prouve. Si quelqu'un a acheté un fonds d'un non propriétaire, *sciens*, il possédera à

titre de possesseur « pro possessore », mais s'il achète le même fonds du « dominus », il commencera à posséder « pro emptore », et il ne sera pas considéré comme ayant changé sa « causa possessionis ». La même solution doit être donnée, si on achète même d'un non « dominus », mais avec cette croyance qu'il est propriétaire.

.....Si ces principes sont admis pour celui qui a la « Possessio », à plus forte raison doivent-ils l'être pour le « colonus, qui nec vivo, nec mortuo domino ullam Possessionem habet. »

Si l'on rapproche ce texte de Julien du précédent, ne voit-on pas qu'il s'explique aisément et ne présente aucune contradiction. S'il dit que le « colonus » ne possède pas, cela veut dire qu'il ne possède pas « civiliter » mais que les autres possesseurs dont il est parlé au Frag. 33, possèdent eux « civiliter ».

Concluons donc que puisqu'on oppose sans intermédiaire la « Possessio du colonus » à la « Possessio civilis », cette dernière ne comprend pas toujours limitativement, comme le prétend Savigny, la « Possession ad Usucapionem », mais encore tous les degrés de Possession qui peuvent se rencontrer en dehors du « colonus » et par suite la « Possessio ad Interdicta. »

Est-ce à dire d'autre part, comme Vangerow paraît le soutenir, que le terme « Possessio civilis » devra toujours être entendu comme comprenant à la fois et la « Possessio ad Interdicta » et la Possessio ad Usucapionem ».

La loi 26 « pr. De Donat. inter vir. et uxor, 24, 1, » nous démontre que non, car la femme, dit Paul, ne saurait être comprise comme possédant « jure civili » et la L. 1, § 9 et 10 « De Vi, 43, 16 », démontre également que la femme n'a que la « Possessio naturalis ». Or nous avons constaté qu'elle possède « ad Interdicta ».

Enfin si l'on examine la loi 24. « De adquir vel amitt possess. 41,2 et L. 38, § 7 et 8. De Verbor. Oblig. 45, 1, où les mots « civiliter non possident » ne sau-

raient être entendus en ce sens : « ils ne possèdent pas ad usucapionem ». On se trouve amené à cette conclusion que les Romains sont loin d'avoir procédé systématiquement dans cette matière même en ce qui concerne la « possessio civilis » comme le soutient Savigny.

17. — Et nous résumerons toute cette discussion dans la série de propositions suivantes :

1° La simple détention n'est jamais qualifiée de « possessio civilis »; elle est souvent désignée par le terme de posssessio naturalis. — L. *2 (1. pro hœrede suprà).*

2° Le terme par excellence pour désigner la « possessio ad interdicta », c'est le mot « possessio » sans qualificatif, mais le terme « in possessione esse » veut souvent dire détenir.

3° Le terme « possessio civilis comprend à la fois la « possessio ad usucapionem » et la « possessio ad interdicta ».

4° Par contre le mot « possessio naturalis » comprend souvent la « possessio ad interdicta » et la « possessio » du simple détenteur.

Souvent d'ailleurs les qualifications « civilis, jure civili civiliter », accompagnent les mots « possessio, possidere » pour indiquer que la possession a un caractère civil, soit quand à son origine, soit quant à ses effets.

Par contre la locution « civiliter non possidere » peut être employée ou quand il s'agit d'une possession contraire au « jus civile », ou quand il s'agit d'une détention qui n'est en rien reconnue par le droit.

On trouve quelquefois encore des sens spéciaux : Ainsi la « possessio civilis » est opposée comme naturalis à la « possessio civilis » du propriétaire lui-même. — D'autres fois, « civiliter » peut s'entendre de l'aptitude même à posséder. « Servus civiliter non possidet ». L'esclave ne peut posséder de quelque manière que ce soit.

Enfin le mot « possessio » sert quelquefois à désigner simplement la position du défendeur dans les actions en revendication. Instit. IV. 15, § 4.

Ajoutons que le mot « Possessio » servait à l'origine à désigner l' « ager publicus ».

Festus Verbo Possess. V. « Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, quia non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat colebat. »

De tout ce qui précède (1) il faut conclure que les Romains sur ce point n'avaient pas de système absolu, qu'ils ont employé souvent la langue vulgaire et non un formulaire technique, sans se préoccuper de maintenir la signification scientifique des termes.

Cette discussion était indispensable pourtant pour fixer une fois pour toutes la valeur des expressions que nous rencontrerons à chaque pas dans la suite.

Mais pour éviter toute confusion, nous emploierons d'ordinaire les trois termes « Possessio ad usucapionem. Possessio ad Interdicta. Detentio », dont la signification et la portée se trouvent maintenant établies.

§ 4. — Eléments de Possession

18. — La possession proprement dite est donc la « Possessio ad Interdicta » et celui qui a la « Possession ad usucapionem » a d'ordinaire le droit aux Interdits.

Examinons maintenant brièvement les éléments de la possession, comment elle s'acquiert, se conserve et se perd.

La possession exige, comme nous l'avons constaté plus haut, la réunion du « corpus » et de l' « animus, » c'est-à-dire la possibilité de disposer d'une chose jointe à l'intention de s'attribuer les avantages de cette faculté. « Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. » (Paul. L. 3, § 1, « de adquir vel amitt. possess. 41, 2.) » D'ailleurs le « corpus » doit être entendu de la façon la plus large. Les jurisconsultes romains font remarquer plus d'une fois que le contact

(1) Molitor. N°s 4-7.

n'est en rien nécessaire et que l'on possède par cela seul qu'on a l'objet à sa disposition, qu'on peut agir sur lui à son gré, sans que cette faculté se soit encore traduite par des faits extérieurs. (Comp. art, 1604 civ. transport de la chose vendue en la puissance.) La *possibilité* de réaliser un contact avec la chose et non le contact effectué suffisent donc à constituer le « corpus » dans la Possession. Paul nous dit en effet : « Ce que nous venons de dire qu'on doit acquérir la possession « corpore et animo » ne doit pas s'entendre certes en ce sens que celui qui veut posséder un fonds en doive parcourir toutes les parties, fasse le tour de toutes les mottes mais il suffit d'entrer dans quelque partie du fonds que ce ce soit, pourvu que l'on soit dans l'idée et dans l'intention de posséder le fonds jusqu'à son extrémité. » (L. 3, § 1. « De adquir. possess. 41, 2.) »

La loi 18 (L. 18, § 2 eod. tit.) est aussi explicite : Si j'ai donné l'ordre au vendeur, dit Celsus, de déposer ce que j'ai acheté dans ma maison, il est certain que je possède quoique la chose n'ait été touchée par personne. De même si mon vendeur me montre du haut de ma tour les fonds que je viens d'acheter et qu'il déclare m'en livrer la libre possession, je n'en commence pas moins à posséder tout autant, que si je m'étais transporté dans les limites du fonds.

Un autre texte de Paul va rendre plus saisissante encore l'absence possible d'élément matériel. L. 1, § 21, eod. tit. Si j'ai ordonné à mon vendeur de livrer la chose vendue, que je suppose présente, à mon procureur, Priscus dit qu'on doit considérer que la chose m'a été livrée et qu'il en est de même si j'ordonne à mon débiteur de compter l'argent qu'il m'apporte à une autre personne, car il n'est pas nécessaire d'appréhender la possession corporellement par un acte apparent, il suffit de le faire des yeux et d'intention.

On ne saurait démontrer d'une façon plus énergique la fausseté du système qui voit dans le contact la condition « sine qua non » de la possession, et Paul fait bien ressortir les inconvénients pratiques et l'ab-

surdité même de l'opinion qui exige à toute force un contact. Si par exemple une colonne a été vendue, il serait insignifiant de se borner à la toucher, il suffira donc que le vendeur la montre à l'acheteur, qu'il renonce à sa possession propre et l'autorise à l'enlever à son gré.

Pour expliquer ces hypothèses et aussi celle dans laquelle la tradition des clefs du cellier suffit pour opérer tradition du vin qui y est renfermé, est-il nécessaire d'avoir recours à une fiction, comme certains l'ont prétendu?

Mais Papinien indique fort bien que les clefs ne sont pas un symbole ; c'est bien en réalité et non fictivement que la tradition est accomplie par la remise des clefs, car il y a possibilité, pour celui qui les a, d'entrer dans le cellier ou le grenier. L. 74. « De Contrah. Emptione 18, 1. — Si claves *apud* horrea traditœ sint » l'acheteur possède de suite « confestim etsi non aperuerit horrea ».

19. — De plus, le Droit Romain admet la représentation quant à l'acquisition et à la conservation matérielle de la possession.

Paul, L. 3, § 12. « De adquir. poss. 41, 2. » « D'ailleurs si nous avons l' « animus, » nous pouvons posséder par autrui « corpore alieno, » comme nous avons vu, au moyen du fermier et de l'esclave. »

C'est là une règle contraire à celle de la propriété « per extraneam personam nihil acquiri posse. » Et elle se justifie par une raison d'utilité. C'est ce que nous dit L. 1, Cod. « De acquir. possess. 7, 32, « tam ratione utilitatis quam jurisprudentia receptum est. »

Nous ne sommes pas ici en effet, en présence du droit pur et si la possession, comme le remarque fort justement Papinien, n'est pas uniquement « res facti, » elle l'est du moins, en grande partie. L. 19. « Ex quib. caus. maj. 4, 6. »

Nos textes même et les Institutes vont jusqu'à dire que la possession est aussi acquise même par celui qui l'ignore, « placet non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis adquiri possessionem. » Que

faut-il entendre par là; non pas certes que nous puissions posséder sans aucun acte de volonté, ce qui serait le renversement de tous les principes que nous avons admis jusqu'ici, mais en ce sens que celui qui sait que la possession doit être prise en son nom n'a pas besoin pour posséder d'être informé de l'exécution donnée à son mandat.

On alla plus loin encore que la tradition de brève main et la possession « alieno corpore ». On admit ce que les commentateurs ont appelé le constitut possessoire. L. 28, Cod. De Donat, 8, 54. Quand quelqu'un se propose d'aliéner à quelque titre que ce soit, qu'il veuille donner, constituer une dot, vendre, s'il retient la chose en qualité d'usufruitier, il est censé par cela seul avoir fait tradition.

20. On voit par ce qui précède à quoi se réduisait le « corpus ». Comment se conservait cet élément matériel de la possession? Soit par nous-même, soit au moyen d'esclaves ou de procureurs le conservant en notre nom, au moyen même et par l'intermédiaire des choses inanimées qui sont en notre possession. On dit dans ce cas que les objets possédés sont « sub custodia nostra ».

Cette « custodia » persiste pendant un oubli momentané (Papinien, L. 44, pr. cod. tit.), car il y a « custodia; « quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci, possimus. » L. 3, § 13, cod tit. Elle n'est interrompue ni par le sommeil ni par la maladie, mais elle disparaît devant une ignorance absolue.

Paul nous en fournit une intéressante démonstration. L. 3, § 3, 41, 2. Il s'agit d'un trésor enfoui dans le sol dont vous connaissez l'existence, mais qui n'a pas été trouvé. « Quidam putant Sabini sententiam meliorem esse, nec alias eum qui scit possidere nisi, si loco motus sit (thesaurus) quia non sit sub custodia nostra; quibus consentio. »

Il n'était fait exception qu'en ce qui concernait les esclaves. L. 3, § 13 (41, 2). « Excepto homine ». Les Romains n'avaient pas admis que l'esclave, en prenant la fuite, pût priver le maître de la possession. D'ail-

leurs il y avait controverse entre les Sabiniens et les Proculiens, ceux-ci limitant l'effet de cette possession à l'usucapion, qui n'en restait pas moins possible, les autres allant jusqu'à dire que le « dominus » pouvait acquérir la possession par un esclave fugitif. L. 1, § 14.

D'ailleurs les règles que nous venons de poser ne s'appliquaient pas aux immeubles quand on eût admis, d'abord pour les « saltus hiberni et æstivi », ensuite pour tous les immeubles que la possession en était conservée « animo solo ».

21. — Le second élément de la possession, le plus important c'est l'Animus. Qu'est-ce que l'animus? Il faut se garder de le confondre avec l'affirmation, avec la croyance que l'on est propriétaire. L' « animus domini », c'est un fait de volonté. Le possesseur ne détient pas la chose « als eigenthümer », mais « wie eigenthümer », comme un propriétaire, non pas à titre de propriétaire. Remarquons d'ailleurs qu'il ne suffit pas de la réunion accidentelle du « corpus » et de l' « animus », la possession exige en plus un rapport de « causalité ». Le pouvoir sur la chose doit nous appartenir, parce que nous le voulons, il faut que nous ayons la conscience et la volonté de notre pouvoir.

L' « animus » doit être personnel ; ainsi il ne suffirait pas que l'esclave ou le procureur eût la volonté de posséder pour nous. L. 3, § 13. « De adquir poss. 41, 2, *animo nostro*, corpore etiam alieno possidemus (Paul) ».

La possession d'ailleurs peut se perdre « animo », comme elle se perd « corpore ». Ainsi, bien que j'aie continué à détenir, si j'ai abdiqué l' « animus domini », par exemple au cas de constitut possessoire, je n'ai plus véritablement la possession. Je ne suis plus que l'instrument de la volonté d'autrui. Tel est le principe général, bien qu'il se soit élevé quelques difficultés sur l' « in contrarium actum » prévu par la loi 8. « De adquir. possess. 41, 2 ».

22. — Mais pour la possession des immeubles, il y a des complications spéciales. Paulus dit bien L. 3, § 6, eod. tit. que lorsqu'il y aura « animus non possidendi »,

la possession cessera immédiatement, bien que celui qui y renonce puisse continuer à détenir. « In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet intuenda est. Itaque si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti et solo animo potest, quamvis adquiri non potest ».

Mais pour les immeubles on admit que la possession qui ne pouvait s'acquérir « animo solo » pourrait au contraire se conserver « animo solo ». C'est là un point sur lequel nous aurons à revenir en parlant de l'Interdit « de clandestina possessione ».

Cette règle ne fut pas posée tout d'abord, mais il était évidemment impossible que le possesseur d'un immeuble fût astreint à se tenir continuellement sur son fonds, s'il ne voulait pas voir sa possession perdue. Et l'on admit d'abord qu'il aurait un interdit pour se faire restituer contre une usurpation clandestine les « saltus hiberni et æstivi » dont l'exploitation ne se faisait que pendant une partie de l'année et que la possession en serait conservée « animo solo ». Cette règle est énoncée par Papinien, L, 46, eod tit. qui l'applique seulement aux « saltus hiberni et æstivi ». Paul, L. 3, § 11, semble encore limiter à ce genre d'immeubles la règle dont il s'agit, mais Ulpien, contemporain de Paul, lui donne une formule générale et l'applique à tous les « prœdia » L. 1, § 25 de Vi 43, 16. « Quod vulgo dicitur, estivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere; nam ex omnibus prediis, ex quibus non hac mente recedimus, ut amisisse possessionem vellemus, idem est. »

Nos textes nous apprennent que cette règle ne s'établit pas sans difficulté, malgré son caractère d'évidente équité, Gaius IV, 154, nous la montre comme encore contestée « Plerique putant ».

Et les controverses restèrent fort vives sur le point de savoir si cette possession « animo solo » s'effacerait en présence de l'occupation par un tiers bien décidé à s'approprier le fonds. Labéon semble bien admettre

qu'une possession nouvelle opposable à l'absent pouvait s'acquérir, pour ne disparaître que par l'Interdit de « clandestina possessione ». D'autres pensaient au contraire que l'ancienne possession subsistait jusqu'à ce que le possesseur à son retour eût été repoussé. L. 6, § 1. « De adquir poss. 41, 2 ».

Ce sont là, nous le répétons, des principes sur lesquels nous aurons à revenir à propos de l'Interdit de « clandestina possessione ».

23. — Nous avons jusqu'ici supposé le cas le plus simple, celui où le détenteur a la prétention à la propriété pleine et entière. Mais on peut aisément comprendre et en fait il sera souvent exact que quelqu'un prétende seulement avoir un démembrement de la propriété, par exemple, un usufruit. Ne devrait-on pas dire en pure logique que l'on peut avoir la Possession de l'usufruit et que l' « animus » pourrait tantôt se restreindre à une partie du « dominium » et tantôt l'embrasser tout entier?

Cependant, par une confusion véritable, les jurisconsultes romains ne regardaient comme vrai possesseur que celui qui avait l' « animus domini » plein, et non l' « animus sibi habendi usum, usumfructum, servitutem. « Possideri possunt quæ sunt corporalia ». Le signe visible manquant on se trouvait, disait-on, en présence d'un droit, chose incorporelle, et le possesseur qui ne prétendait pas à la chose corporelle toute entière, n'était considéré que comme simple détenteur. « Naturaliter videtur-Possidere is qui usumfructum habet. L. 12 pr. ». Ce fut assez tard qu'on admit la fiction d'une quasi-possession, et qu'on la protégea par les mêmes Interdits, donnés à titre utile et non directement.

Voici donc un cas où se rencontre un « animus sibi habendi » bien capable de fonder une possession et pourtant les jurisconsultes romains ont manqué de logique et se sont crus obligés de recourir à une fiction.

24. — A l'inverse nous allons voir qu'ils ont dévié des principes qu'ils avaient d'abord posés si stricte-

ment et accordé la protection des Interdits à des Détenteurs qui n'avaient à aucun point de vue l' « animus domini », pas même la volonté de s'attribuer quelque démembrement que ce fût du « Dominium ». Leur seul droit, en effet, comme nous allons le voir, est un droit dérivant d'obligations et de contrats.

M. de Savigny embrasse toutes ces espèces sous le nom générique de Possession dérivée « abgeleiteter Besitz. » Nous examinerons plus loin la valeur de cette théorie. Nous croyons toutefois devoir indiquer dès l'abord que sauf pour le séquestre, nous considérons qu'on a fait en leur faveur une véritable exception aux principes par mesure d'utilité.

A. — Nous avons vu dans les textes examinés « suprà » que la possession est admise en faveur du *créancier Gagiste*. La L. 16. « De Usurp. et Usucap, 41, 3 » dit formellement que le débiteur qui constitue le Pignus continue à usucaper, mais que, pour tout le reste le créancier possède. Il est évident, pourtant, qu'il n'a pas l' « animus domini ». Faut-il dire, selon la doctrine de Sabinus et de Trébatius condamnée par Paul que deux personnes peuvent à la fois posséder? Evidemment non, car il n'y a pas deux possessions, mais un démembrement de la « Possessio ad Usucapionem ». Le débiteur conserve une prérogative spéciale de cette possession par une dérogation certaine à la maxime: pas de détention pas d'Usucapion. « L. 25. De Usurp. et Usuc. 41, 3 ». Et le créancier possède par dérogation à cette autre maxime, pas de possession sans « animus domini ».

La logique voudrait que, selon l'idée que nous avons indiquée plus haut à propos de l'Usufruit on accordât au plus une quasi-possession et voici comment on pourrait raisonner. Le débiteur conserve évidemment l' « animus » ; pour le « corpus », il l'exerce par l'intermédiaire du créancier, ce qui est parfaitement conforme aux règles générales du « corpus ». Quant au créancier, il a, sinon un démembrement de la propriété, au moins un « jus in re » et une quasi-

possession de sa part serait compatible avec la possession du débiteur (1).

Mais il est constant que le point de vue romain est tout différent. D'abord il est certain que le débiteur n'a pas les interdits qui compètent au nu-propriétaire d'un bien grevé d'usufruit, et comme la possession est démembrée, le texte ne dit pas qu'il possède. C'est par une faveur spéciale, par un détachement d'un effet de la possession qui devient lui-même un droit propre qu'on lui réserve le droit à l'Usucapion, ce qui est utile en somme, au créancier lui-même, au véritable possesseur dont il consolide le droit réel. Ceci est mis pleinement en lumière par la loi 36 « De adquir. Poss. 41, 2 ». Julien nous dit bien « Intelligitur possidere, mais nous voyons que c'est seulement au cas où la chose lui est laissée à titre de précaire qu'il redevient réellement possesseur, c'est-à-dire qu'il recouvre le droit aux Interdits. Il peut aussi naturellement usucaper; en effet, comme le fait observer le juriconsulte, si la possession du créancier n'empêche pas l'Usucapion « L. 16. De Usurp. et Usuc. 41, 3 », à plus forte raison le « Precarium » ne peut-il faire obstacle à l'Usucapion, car dans le premier cas, il ne possédait en aucune façon « omnino non possidebat », et pourtant il avait l'avantage de continuer à usucaper et maintenant, il possède par surcroît, sa situation est juridiquement plus favorable encore, pourquoi aurait-il moins de droits? Nous ajouterons qu'il en aura davantage et qu'il réunira sur sa tête la « Possessio ad Usucapionem » et la « Possessio ad Interdicta ». Quant au créancier qui n'avait pas l' « animus » dès l'origine, qui vient de se dépouiller du « corpus », sa situation se trouve transformée et il a maintenant les droits de celui qui a constitué un précaire.

(1) Nous devons reconnaître toutefois que c'est une question discutable que celle de savoir si le droit d'hypothèque, droit qui a fini par être virtuellement contenu dans le Pignus romain est un démembrement de la propriété. Quoi qu'il en soit, il paraît logique qu'on puisse accorder au gagiste au moins une quasi-possession, du moment que le Pignus est devenu un « jus in re ».

Différemment, si nous supposions que le débiteur détienne la chose, objet du Pignus, à titre de fermier, il continuerait à usucaper en vertu de la Loi 16, mais le créancier garderait la Possessio ad interdicta, car le « colonus » ne saurait l'en dépouiller puisqu'il détient en son nom.

25.—Telle est la situation du débiteur qui a constitué un gage. La loi 16 nous dit qu'en dehors de la réserve ci-dessus, le créancier gagiste possède et qu'il a droit aux Interdits. Sur quel principe repose et se justifie sa possession?

Remarquons d'abord que les Interdits qui lui appartiennent sont les mêmes que ceux du possesseur « cum animo domini » et qu'ils sont directs et non utiles.

Remarquons de plus que le Pignus, avant l'innovation prétorienne de l'hypothèque n'a pas le caractère d'un « Jus in re », n'est pas pourvu d'une action réelle. Car d'après la loi 7 « De vi » le créancier gagiste s'il est « dejectus » ne peut agir que contre le « dejiciens » et non contre un tiers-détenteur.

A l'origine donc, nous ne trouvons pas de droit opposable aux tiers, pas même de possibilité de concevoir une quasi-possession, ce qui serait admissible dans le dernier état du droit, et il est bien certain que le droit aux Intertits a dû être attaché très anciennement au Pignus.

Comment donc expliquer l'exception admise en sa faveur?

Selon Savigny, le débiteur a aliéné son « jus possessionis ; il s'est dépouillé de la Possession pour la transférer au créancier. Elle est donc acquise au créancier telle qu'elle existait chez le débiteur. C'est une *Possession dérivée*.

Elle existe « corpore », cela est d'évidence. Pour ce qui est de l' « animus », le débiteur, chez lequel seul il se rencontre a, par sa seule volonté exprimée au contrat, permis au créancier d'en tirer avantage par une sorte de subrogation.

Malgré l'autorité de Savigny, nous ne croyons pas devoir adopter ce système de la Possession. Dérivée ou

transmise. Nulle part, il n'est dit dans nos sources qu'on ait un Interdit en vertu de la Possession d'un autre. Or cette Possession dérivée, qu'est-ce autre chose en somme que la Possession même dont elle dérive, car nous avons démontré que l'élément essentiel de la Possession, c'est l' « animus ». Or, dire d'un homme, qu'il veut former sa Possession en vivifiant sa détention personnelle par la volonté de posséder qui réside dans un autre, c'est dire, en somme, qu'il invoque la Possession de celui qui a l' « animus ». A un autre point de vue, on ne saurait dire qu'il y a eu translation de la Possession d'une tête sur une autre par un effet naturel du contrat et de la libre volonté des parties, car 1° d'une part, la Possession n'est pas transférée toute entière et telle qu'elle est ; 2° d'autre part, des textes fort précis nous apprennent qu'on ne succède pas à la Possession d'un autre, et ce n'est que dans le cas de l'Interdit Utrubi, qu'il y a accession de Possessions. La théorie de Savigny nous paraît donc devoir être écartée (1).

26.—M. Machelard a tenté une autre explication pour justifier la singularité qui consiste à traiter le créancier-gagiste comme un possesseur, à le considérer même comme tel, quoiqu'il n'ait pas l' « animus domini ». Il est certain, dit-il, qu'on peut posséder « alieno corpore » mais non « alieno animo », et il serait difficile de comprendre que le créancier gagiste pût posséder « pro suo », s'il ne faisait qu'emprunter l' « animus domini » du débiteur. Aussi, M. Machelard repousse-t-il comme nous la théorie de Savigny. Mais, dit-il, le créancier gagiste a le droit de vendre la chose et d'en prendre le prix ; il a donc la prérogative la plus éclatante du droit de propriété. Il s'attribue donc, quoique sous condition, éventuellement l'élément le plus important de la propriété ; si ce n'est pas là l' « animus domini » dans son entier, c'est au moins l' « animus rem sibi habendi » et un pareil « animus » suffit bien pour fonder la Possession. « Nous trouvons donc chez

(1) Dans le même sens, Warnkôning et Molitor n° 18.

le créancier, conclut M. Machelard (Dissertat. sur la Possess. § 2, p. 36.) un « animus » qui lui est propre et qui ne se confond pas avec l' « animus du débiteur. Une fois le Pignus constitué, le créancier n'a pas besoin d'emprunter les intentions du débiteur. Il est à l'abri des changements de volonté qui pourraient se produire chez ce dernier ; il ne lui manque rien pour qu'on puisse dire justement qu'il possède « animo et corpore suo ».

On peut faire dès l'abord à cette théorie une objection capitale. C'est que le « jus distrahendi » n'est devenu un corollaire de l'hypothèque et du gage que dans la législation du Bas-Empire L. 12,§10 « Qui potiores in pignore 20, 4. » Marcien. « Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est priorem potiorem esse, nam in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem. (Non obstat. L. 4. De pigneratit. Act. 13. 7.) »

On peut donc dire qu'à l'époque de la jurisprudence classique, en tout cas qu'à une époque où déjà le créancier-gagiste avait droit aux Interdits, on peut donc dire que la sûreté du créancier était bornée à la Possession.

D'ailleurs, tous les textes reconnaissent que le créancier-gagiste n'a en rien l' « animus domini. L. 13 § 1. De Public in rem Act. Dig. 6. 2. Pigneratitiœ et precariœ possessiones justæ sunt, sed neque creditor neque is qui precario rogavit, eo animo nanciscitur Possessionem ut credat se dominun esse. » Nous repousserons donc cet « animus » élastique dont parle M. Machelard, « animus » inconnu pour les commentateurs, « animus » contraire aux principes, et nous reconnaîtrons qu'il y a dans notre espèce une dérogation aux principes, amenée par le développement naturel de l'idée de Possession et par des raisons d'utilité pratique.

27.—Nous avons déjà indiqué qu'à l'origine, la Possession juridique à Rome était chose inconnue. Il n'y avait

que le « Dominium ex jure Quiritium ». Ce qui devint la Possession n'était qu'une succession de faits sans lien juridique. Mais la rigueur du vieux Droit vient à fléchir. Alors, la Possession se détache de la propriété, elle s'en distingue, elle se présente comme une conception isolée, susceptible de durée, susceptible d'opérations juridiques, méritant d'être protégée par de véritables actions, en un mot, comme un Droit. C'est alors qu'au lieu d'exiger pour la constitution du Pignus une translation de propriéié, « mancipatio » ou « cessio in jure » avec contrat de Fiducie, on comprit qu'il y aurait une utilité considérable à donner par extension les moyens possessoires à une tradition qui ne donnait pas la Possession. Le Préteur ne se demanda pas : Est-ce conforme aux règles strictes, mais: Est-ce utile ? et il partagea entre le créancier et le débiteur les avantages de la Possession.

En résumé, la question qui nous occupe ne saurait recevoir en théorie une solution satisfaisante, on ne peut que constater une exception, une anomalie, car, d'une part, il serait inexact de dire que tous deux possèdent, puisqu'en général, la Possession d'une personne est exclusive de celle de l'autre (ainsi le « Prædo » possède et quoique incapable d'usucaper, empêche tout autre de le faire), et d'autre part, on ne saurait dire absolument qu'un seul possède, car le débiteur, puisqu'il a le droit d'usucaper et le créancier puisqu'il a les Interdits sont possesseurs chacun à un point de vue différent, chacun pour partie (1).

28.—B. Avait aussi droit aux Interdits le Précariste. La L. 1. Pr. de Precario 43, 26, nous apprend ce qu'était le précaire : « Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur, tamdiu quamdiu is qui concessit patitur. » Et le jurisconsulte ajoute : « Et distat a donatione eo quod qui donat sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit sic dat, quasi tunc recepturus cum sibi licuerit precarium solvere. » Que le concession-

(1) Comp. Maynz, I, § 81. Observation 2 et notes 25-26. Labbé : Observat. sur la Dissert. de Machelard.

naire n'ait pas « l'animus domini », cela est d'évidence et résulte du contrat même et de la maxime « Nemo sibi causam Possessionis mutare potest. » Aussi, voit-on qu'il est souvent rapproché du créancier-gagiste, quand à l'absence de tout « animus. » L. 3, § 1. De public. Act. 6, 2 L. 22, § 1. De noxal. Act. 9, 4.

Quelqu'instable d'ailleurs que soit le droit du précariste, il est considéré comme Possesseur, L. 4 § 1. De Precar. 43, 26. « Meminisse autem nos oportet eum qui precario habet, etiam possidere. »

Est-ce là encore une Possession transmise comme le prétend Savigny? On pourrait arguer en ce sens de ce que le concédant peut par une clause expresse se réserver le bénéfice des Interdits. Le Précariste serait donc Possesseur en vertu d'une présomption de cession d'actions.

Mais on peut objecter que le Précaire ne suppose pas nécessairement la Possession dans le chef du concédant (L. 18. « De Precar. » 43, 26,) et nous démontrerons plus loin que l'Interdit de « Precario » n'est pas un Interdit « Recuperandœ Possesionis ». Il est donc difficile, au moins dans certains cas, de parler de Possession dérivée ou transmise à propos du « Precarium ».

C. Etaient encore considérés comme Posssesseurs : 1° l'Emphytéote qui dans le Droit nouveau remplace le fermier des « agri vectigales (arg. L. 25, § 1. De usuris, 22, 1. » Ajoutez « L. 31 De Pignoribus 20, 1. arg. L. 1, § 4. De superficiebus, 43, 18 (1), » ; 2° le Fermier Superficiaire pourvu d'un Interdit spécial « de « superficiebus » alors que le propriétaire avait l' « Uti Possidetis. »

D. Enfin le Séquestre, « (L. 17, § 1. Depositi, 16, 3, L. 39. De adquir. Possess. 41, 2.) » dont la Possession seule peut cadrer avec la théorie de Savigny, car la L. 39 nous dit que la Possession ne passe au Séquestre qu'en vertu de convention formelle.

(1) Cela est controversé. Voir Machelard, Dissertat. sur la Posses. p. 45, note 1.

§ 5. — Conditions de la Possession

29.— Pour pouvoir posséder, outre qu'il fallait avoir l' « animus domini » ou en être dispensé par un texte spécial dans les cas exceptionnels que nous venons d'examiner, il fallait :

1° Etre une personne capable d'avoir des droits. Ainsi, l'esclave (L. 49, § 1. De adquir. Posses. 41, 2.) le citoyen tombé au pouvoir de l'ennemi (L. 23, § 1. eod. tit.) le fils de famille, jusqu'à l'innovation des Pécules, sont incapables de posséder.

2° Etre capable de volonté (L. 27, eod. tit. L. 4 § 3, De Usurp 41, 3.).

Ainsi « l'infans » n'est capable d'acquérir la possession que « si intellectum capit ».

Mais le tuteur ou le curateur de l'incapable peut acquérir pour lui (L. 1, § 20. De adquir. Possess.) et l'incapable conserve la Possession déjà acquise.

Ce sont là des conditions qui touchent à la capacité des personnes.

30.—Une autre règle très importante, c'est que la Possession pas plus que la Propriété ne saurait reposer sur plus d'une tête. Il faut donc pour acquérir la Possession qu'elle soit « vacua ».

Ceci est confirmé par nos sources : « L. 5 §, 15, commodati 13, 6. Celsus filius ait..... duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse ». C'était toutefois un principe contesté par les Sabiniens ; et Paul, d'après Labéon, essaye de le justifier contre Sabinus et Trebatins dans la L. 3 § 5 de adquir. Possess. 41, 2. « Plusieurs ne peuvent, dit-il, posséder la même chose « in solidum ». Il est en effet contraire à la réalité que lorsque je détiens quelque chose, tu puisses être considéré comme le détenant aussi. Sabinus écrit pourtant que celui-là qui a donné à Précaire, possède et aussi celui qui a reçu à titre de précaire. Trebatius donne la même solution par le motif que l'un peut posséder *justè*, l'autre *injustè*, mais que deux ne le peuvent à la fois *justè*, deux à la fois *injustè*. Ceci est critiqué par Labéon parce qu'il est

peu important dans la Possession que quelqu'un possède « *juste* aut *injuste*. La solution de Labéon est préférable car il est aussi impossible de dire que deux possèdent à la fois, que de prétendre que tu puisses te trouver à la place même ou je suis ou que tu puisses être assis à celle-là même ou je suis assis. »

Mais après ce que nous avons dit de la Possession des immeubles, et de la conservation de cette Possession « animo solo », on voit combien cette explication de Paul est hasardeuse. C'est ce que Bélime a fort bien montré dans son traité de la Possession nos 19 et 20. Mais il se trompe lorsqu'il part de là pour décider que le juge peut reconnaître aux deux parties une Possession ex æquo. La loi ne peut admettre deux Possessions à la fois, mais cette Possession n'est pas toujours facile à reconnaître, surtout en présence des règles nouvelles sur la Dépossession. Il peut même arriver que le juge soit dans l'impossibilité de décider exactement où elle est. Ainsi Ulpien suppose-t-il très justement que la « possessio duorum in solidum » peut exister *en fait*, ce qui rend impossible la solution de « l'Uti Possidetis (L. 3. pr. Uti Possidetis 43, 17) ».

Les Sabiniens décidaient, eux, fort aisément, que dans le « précarium » le « rogatus » possédait aussi bien que le rogans, n'étant pas comme les Proculiens, embarrassés pour expliquer cette double Possession.

Ils décidaient aussi que si la Possession était violente et clandestine, il y avait deux Possessions, voir L, 3, § 5, 41, 2 (opinion de Sabinus et de Trebatius).

De ces controverses il est resté dans nos sources des textes d'une explication difficile, L. 17 Pr. de « adquid Possess. 41, 2. « Si quis de Possessione dejectus sit perinde haberi debet ac si possideret,» (Ulpien) L. 22 eod. tit. (Javolenus). Non videtur Possessionem adeptus que ita nactus est ut eam retinere non possit. » Et si ceux-là peuvent s'expliquer par une double fiction, il est à peu près impossible de donner raison de la L, 3, Pr. « Uti Possid » 43 17 (Ulpien), si on ne la considère pas comme une « Possessio duorum in solidem, » de fait. (Voir l'explic. tentée par Molitor).

Ce sont là, d'ailleurs des textes que nous aurons à examiner de plus près, à propos de «l'Interdit Unde Vi» et de la fonction · Récupératoire de « l'Interdit Uti Possidetis ».

Constatons seulement ici que malgré l'opposition des Sabiniens, notre règle « Duos in solidum Possidere non posse » avait fini par s'imposer à l'époque de la jurisprudence classique.

31. Il faut bien se garder d'ailleurs de confondre cette hypothèse que nous venons de discuter avec celle où deux ou plusieurs possèdent pour une part indivise.

Plusieurs cas différents sont prévus sur ce point par nos textes.

1° Si l'idée du tout est purement arbitraire, (il s'agit par exemple d'un fonds de terre composé de plusieurs champs); il est d'évidence qu'on peut posséder un de ces champs indépendamment du fonds, L. 26, 41, 2.

2° La partie qu'il s'agit de posséder est une partie divise et le rapport arithmétique entre cette partie et le tout est connu de celui qui veut posséder; dans ce cas la Possession « pro indiviso » est possible.

3° Mais si l'on ignore le rapport arithmétique entre la chose entière et la partie qu'on veut posséder?

La loi 26, la loi 3, § 2, 41, 2, disent qu'aucune Possession ne sera possible, mais Pomponius, L. 32, § 2, 41, 3, De Usurp. et Usuc. critique vivement cette solution de Labeon qui décide que si plusieurs sont à la fois sur un fonds et qu'ils ignorent quelle est la quote part de chacun d'eux, aucun ne possède. Il est évident que personne ne peut posséder une « pars incerta », mais y a-t-il là « pars incerta »? non; il est bien évident que tous à la fois ont une Possession du fonds tout entier sauf à partager entre eux « Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit (1). »

4° On ne peut posséder la partie d'un tout quand il

(1) Ce texte est différemment interprété par Savigny et Molitor.

y a impossibilité physique, une poutre comprise dans le mur d'autrui, ni la roue d'une voiture indépendamment de la voiture même.

5° Un bâtiment ne peut être possédé sans le sol sur lequel il repose, juridiquement le tréfonds et la superficie ne font qu'un. L. 44 § 1. De Oblig. et Act. 44, 7. L. 15 § 12. De damno inf. 39, 2.

A l'inverse peut-on quand on a la Possesion du tout posséder aussi les parties « ut res singulæ », par l'intermédiaire de la totalité ?

La question naît pour des choses qui conservent leur individualité propre même après leur réunion et qui peuvent être séparées. On doit en principe décider pour l'affirmative, L. 30 § 1. De Usurp. 41, 3. Ainsi je puis posséder « ut res singula » la perle dont j'ai orné mon anneau, (contrà Savigny qui objecte L. 2 § 6. « Pro Emptore 41, 4, in fine. Universitas Posseditur non singulæ partes) ». Mais la loi 4, 41, 4, suppose au contraire qu'il faut posséder « singulas partes ». Dans le même sens L. 7, § 1. « Pro empt. 41, 4.

Mais la règle souffre exception quand il s'agit de matériaux unis, incorporés à une construction.

Telles sont très brièvement indiquées les règles des Possessions indivises. Nous ajouterons que c'est là une des parties les plus controversées d'une matière féconde en controverses.

§ 6. — Nature de la Possession

32.— Nous avons épuisé l'étude des éléments et des conditions de la Possession.

Cet exposé nous permet d'aborder la question de savoir si la Possession est un simple fait ou un Droit.

La plupart, avec Savigny, prétendent n'y voir qu'un pur fait. La Possession, disent-ils, n'étant que le rapport entre l'homme et une chose, comment ce pur fait pourrait-il engendrer un droit? M. Appleton donne de ce système une formule très nette : « Puisque la Possession, dit-il, se compose d'un fait matériel et d'un fait intellectuel, elle ne saurait aussi être par

elle-même qu'un pur fait. Réunissez deux faits ensemble, vous aurez un fait double, mais vous n'aurez jamais qu'un fait. D'un autre côté, il est avéré que la Possession est la source de plusieurs actions. Or, puisqu'un fait ne saurait engendrer directement une action, il suit de là nécessairement qu'une idée intermédiaire a été omise, et cette idée c'est celle du droit créé par le fait, du droit qui généralement est seul générateur de l'action (1). »

Ainsi la Possession aurait engendré un droit, le droit aux actions Possessoires, mais en elle-même elle ne serait qu'un simple fait.

Cette théorie s'appuie sur les considération suivantes :

1° Tout d'abord la Possession ne peut se transmettre. Aucun possesseur n'hérite de la Possession de son auteur, au moins à l'époque classique ; il ne la continue pas, mais commence une nouvelle Possession, car si l'on pouvait en principe continuer la Possession de son auteur, il n'eut pas été nécessaire d'introduire à propos de « l'Interdit Utrubi » une théorie spéciale de l'accession des Possessions, et d'ailleurs nous voyons aussi que pour l'usucapion, ce fut seulement une constitution de Septime Sévère qui permit de joindre les Possessions.

Ainsi la Possession ne peut se transmettre, or tous les droits du patrimoine sont transmissibles, donc la Possession n'est pas un droit.

A cette argumentation, nous répondrons avec Molitar qu'il n'est pas de l'essence des droits d'être transmissibles. Ainsi l'usufruit et l'usage qui sont pourtant des droits ne sont pas non plus transmissibles.

Et puis ne voyons-nous pas, avec les progrès de la jurisprudence, la Possession devenir transmissible ? On permet d'abord l'accession pour l'Utrubi, puis pour l'Usucapion ; on permet aussi de transmettre la Pos-

(1). Appleton § 9, 10 et suiv., Cpr. Savigny : La Possession, dit-il, est à la fois un fait et un droit ; par elle-même, c'est un fait, par ses conséquences elle ressemble à un droit. § 2. § 5, V. aussi Maynz § 80, texte et note 1.

session absolument comme un droit réel au moyen des pactes de précaire et d'emphyteusis. L'objection n'est donc pas décisive.

2° Mais, dit-on, la Possession peut s'acquérir par l'effet d'un acte nul, par exemple une donation non insinuée et dépassant 500 solidi. Donc la Possession est un fait.

Ce raisonnement est d'une fausseté évidente. Est-ce en vertu de l'acte nul que la Possession est acquise? Assurément non. Mais en vertu de la tradition. Le seul effet de l'acte nul c'est que celui qui veut transmettre les 500 solidi abandonne la Possession, renonce formellement à « l'animus domini » et se dessaisit de la chose. La Possession est donc perdue, d'après les règles énoncées plus haut. Le donataire se saisit d'une chose dont la Possession est *vacua*, c'est-à-dire, n'est pas frappée du droit d'une autre personne, il s'en saisit avec la volonté d'avoir pour soi, à titre de « dominus ». Il remplit donc toutes les conditions de la Possession et il possède en effet.

Mais évidemment cela ne prouve pas que la Possession ne soit pas un droit.

3° Enfin, on dit: la Possession n'est pas un droit, car on peut l'acquérir par la violence.

Mais la violence n'est pas injuste par la forme seule, elle n'est réellement violence que pour autant qu'elle viole un droit. Aussi, le dejiciens a évidemment une situation préférable à l'égard de ceux qui ne sont pas le « dejectus ». Et vis à vis du « dejectus » il a l'apparence d'un droit, un droit momentané jusqu'à ce que celui-ci l'ait emporté au moyen de l'interdit. Il est donc inexact de dire que la violence fait acquérir le droit de Possession; ce droit est acquis par le bénéfice de la loi et la violence n'est qu'une chose relative, un vice qui peut inficier la Possession, mais qui n'est pas un mode d'acquérir. La loi considère seulement si le Possesseur a le corpus et l'animus, éléments constitutifs du droit; or, l'usurpateur les réunit évidemment. Et la violence fait seulement qu'il succombe sur l'exception, « vi, clam aut precario. »

Arrivons à l'examen de nos sources. Maynz résume en ces termes la théorie adverse :

« C'est à ce double caractère de la Possession : 1° d'être, par sa nature et par son origine, un simple fait ; 2° d'avoir, à certains égards, l'effet d'un droit que se rapportent plusieurs textes de nos sources, L. 1, § 3, 4. « De adquir, vel amitt. Poss. 41,2. Possessionem enim res facti, non juris esse, et loi 19 Ex quib. caus. maj. 4, 6. — L. 53, de adquir. rer. domin. 41, 1. » Par contre, d'après la L. 49, § 1. De adquir. Possess. 41,2. « Possessio non tantum corporis sed et juris est » et c'est par ce motif que « Plurimum ex jure Possessio mutuatur L. 49 pr. eod. tit. »

« Le respect dû à la volonté de l'homme, d'une part, « et le principe fondamental d'après lequel l'individu ne « peut se faire justice à lui-même, d'autre part, concou- « rent donc pour assurer au simple fait de la Possession « une certaine garantie et une protection légale. »

33. — Nous ne saurions adopter cette manière de voir et nous pensons qu'à l'époque classique, quand elle est protégée par les Interdits, la Possession est considérée comme un véritable droit par les Jurisconsultes romains, qui ne font d'ailleurs qu'une application logique des principes.

Qu'est-ce, en effet, qu'un droit? Quand se trouve-t-on en présence d'un droit? Dans la législation positive, l'idée du droit suppose : 1° un sujet dont la volonté est l'élément fondamental du droit ; 2° un objet sur lequel s'exerce cette volonté ; 3° elle exige de plus que cette volonté soit reconnue et garantie par la loi. Et le droit, par cela même qu'il est reconnu et garanti par la loi, est pourvu d'une action. On peut donc dire que toute action fait supposer un droit.

Or, la Possession est pourvue d'actions ; elle remplit les conditions que nous venons d'examiner, et ce ne serait pas un droit! Pour le soutenir, il faut, comme Savigny, faire abstraction de l'animus ; donner le pas au corpus, et méconnaître ce rapport de causalité, cette union intime des deux éléments substantiels de la Possession.

Qu'il y ait du fait dans la Possession, cela est incontestable. Mais la propriété n'est-elle pas elle-même à l'origine « corporis et juris ». C'est en vertu de cette idée qu'on avait rangé la propriété dans la classe des choses corporelles. Ce n'est que plus tard qu'on a fait du droit de propriété une abstraction. Le vieux Romain disait lui simplement : « Hœc res est mea. » Et si l'on considère ce mode spécial d'acquisition de la propriété, l'occupation, ne voyons-nous pas que « ex facto jus oritur ; » ou plutôt que le droit naît d'une façon concomitante avec le fait.

A l'origine aussi, nous le concédons, alors qu'elle n'est pas pourvue d'actions, qu'elle n'est qu'une succession de faits sans lien juridique, la Possession n'est pas un droit, mais dès que, par un progrès naturel des idées, on arrive à lui reconnaître des effets, à la protéger au moyen des Interdits, c'est une pure subtilité de dire qu'elle ne s'élève pas jusqu'à la hauteur d'un droit. Ce droit particulier, il est vrai, suppose un fait, et les Romains ne parviennent jamais à l'abstraire nettement et complètement, comme la propriété, de son élément matériel. Mais nous avouons qu'il nous est impossible de comprendre cette sorte d'enfantement du droit par le fait et cette distinction qu'on prétend établir entre eux. Non, la Possession, res facti seulement à son origine, est devenue un droit lorsqu'elle a été reconnue comme phénomène juridique ; elle est devenue un droit par bénéfice de la loi, qui l'a pourvue d'effets légaux, qui lui a accordé la protection des actions.

C'est donc une erreur de dire qu'elle est un fait ayant en somme les conséquences d'un droit ; c'est une erreur de prétendre comme Savigny que c'est un fait dans son essence, mais qui par ses conséquences ressemble à un droit. Car si elle a toutes les conséquences d'un droit, comment, sans absurdité, ne serait-elle qu'un fait ? Nous dirons au contraire que c'est un droit qui exige certaines conditions de fait, qui les suppose nécessairement.

Il faut donc conclure qu'il y a un « Jus Possessio-

nis » pour celui qui a droit aux Interdits. Certes, ce n'est pas le « jus possidendi » qui peut appartenir au propriétaire qui consiste dans le droit abstrait de posséder quand on est « dominus ». Il faut se garder de les confondre. Mais nous considérons qu'en plus du « Jus Possidendi » le propriétaire peut réunir sur sa tête un « jus Possessionis », droit qui est celui de tout possesseur, abstraction faite du point de savoir s'il est ou non propriétaire.

34. — Il résulte de tout ce qui précède que nous ne sommes nullement embarrassés d'expliquer les textes où la Possession est appelée « Res facti ». L. 1, § 3, 4. L. 29, « de Adquir. Poss. » 41, 2. L. 44, « in fine De Usurp. et Usucap. » 41, 3. L. 12, § 2, l. 29, « De Captivis », 49, 15. L. 19, « Ex quib. caus. Maj. » 4, 6. (Et les lois « suprà ») (1).

Dans ces *textes*, les Juriconsultes Romains font simplement allusion à la nécessité de l'élement corporel soit pour acquérir, soit pour conserver la Possession. Mais ce serait exagérer leur portée que de prétendre qu'ils tranchent la question contre nous.

Et si dans un certain nombre de lois, la Possession est appelée *res facti*, une décision de Papinien va nous en donner une idée plus exacte et plus précise et nous montrer qu'elle constitue bien réellement un droit, L. 49, pr. et § 1, de « adquir. Possess. » 41, 2, et tel est bien le point de vue de Constantin parlant d'un « Jus Possessionis ». L. 10 Cod. de Acquir. et Retin. Posses. 7, 32.

La loi « 49 de Acquir. Poss. » est conçue en ces termes : « Possessio quoque per servum, cujus ususfruc-

(1) C'est à tort, selon nous, que Molitor essaye de contester à Savigny la loi 1, § 3. Paul « de adquir vel amitt poss. » 41, 2. « Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt ; eam enim *rem facti non juris esse*. Quœ sententia recipi potest, si ejus ætatis sit, ut intellectum capiat ». On doit évidemment traduire : « car cette chose (la possession) est « res facti non juris ». Et non pas comme Molitor « car c'est là une question de fait et non de droit. Sans doute, c'est une règle générale du droit civil que le pupille peut toujours rendre sa situation meilleure, et ce sera une question de fait que de savoir s'il s'est en effet enrichi. Mais le texte répugne à cette traduction.

tus meus est ex re mea, vel ex operis servi, adquiritur mihi, cum et naturaliter a fructuario teneatur et plurimum ex jure Possessio mutuetur. § 1. Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt; habere possidere non possunt, quia Possessio non tantum corporis, sed et juris est.»

Bien que certains prétendent que Papinien confond ici la Possession même et son fait générateur, nous croyons qu'il est impossible de méconnaître la portée du texte.

Si la Possession est un simple fait, comment justifier la solution du § 1, que ceux qui sont en puissance ne peuvent posséder, comment dire que la Possession n'est pas seulement de fait, mais de droit? Le motif de la décision de Papinien, c'est que ceux qui sont en puissance sont incapables d'avoir personnellement aucun droit, mais quant au fait, ils y peuvent évidemment prétendre puisqu'il détiennent. Ce texte de Papinien indique nettement la gradation successive et l'opposition entre la détention, la Possession et la propriété. La Possession est un degré intermédiaire, elle a bien l'élément matériel, le « corpus » et par là elle se rapproche de la détention, mais grâce à « l'animus », au respect dû à l'acte qui est l'expression de la volonté, elle s'élève jusqu'au « Jus », semblable par ce côté à la propriété. Le § 1 est donc décisif, mais le « principium » ne l'est pas moins quoiqu'on ait voulu le contester. Le texte dit que la Possession est acquise par l'esclave dont on a l'usufruit; parce que d'une part, il y a une « Possessio naturalis » de l'usufruitier, et que *d'autre part, la Possession emprunte la plupart de ses caractères au droit.*

On objecte qu'en traduisant ainsi nous mettons Papinien en contradiction avec lui-même, puisqu'il dit ailleurs. L. 19 « Ex quib caus maj », 4, 6. « Possessio autem plurimum facti habet. » On objecte aussi que la raison qui s'opposait à l'acquisition de la Possession au moyen de l'esclave, c'est que nous ne possédons pas cet esclave. Tout au plus avons-nous une quasi-possession (Gaius, II, 94).

Aussi a-t-on proposé une explication très différente de la nôtre. « Ex jure » signifierait « ex usufructu » et voici ce que l'on fait dire à Papinien: « L'esclave dont j'ai l'usufruit peut acquérir la Possession pour moi puisque d'une part je possède naturellement et que d'autre part la Possession emprunte beaucoup des caractères de l'usufruit (1). »

On part de là pour rappeler toutes les ressemblances de l'usufruit, même détention matérielle, même protection par le moyen des Interdits et l'on rappelle que Venuleius recommandait bien de ne pas les confondre. « Permisceri causas Possessionis et usus-fructus non oportet. (L. 52. De adquir. Poss. 41, 2).

Cette traduction est inadmissible. Papinien eût mis évidemment « ex usufructu » ou « ex eo jure, ex jure de quo supra agitur » et tout en remarquant combien d'ailleurs le raisonnement qu'on prête ainsi au jurisconsulte est pauvre et peu juridique, nous nous contenterons d'observer que cela n'infirmerait en rien la portée du § 1, que la doctrine contraire se contente d'écarter en reprochant à Papinien une confusion. Ce n'est pas là un argument bien sérieux. Et quant à la loi 19 « ex quib. caus. maj. 4, 6 », elle ne vient pas contre ce que nous avons dit plus haut, car si Papinien déclare que la Possession « plurimum facti est », c'est évidemment qu'elle n'est pas que cela. Le vrai est que suivant les espèces, et c'est là notre conclusion , le jurisconsulte s'attache successivement à deux points de vue différents, mais nulle part il ne dit que la Possession est un pur fait, « res tantum facti », ni Paul ni aucun auteur (2) ».

Enfin si la question peut encore se discuter à l'époque classique, il semble bien qu'avec le Bas-Empire, la Possession est constituée à l'état complet d'un droit puisque nous voyons Constantin L. 10, Cod. « de adquir. Poss. » 7, 32, proclamer nettement qu'il existe

(1) Savigny, p. 27, note 1, qui attribue cette explication à Zachariæ.

(2) *Sic.* Molitor, n° 3 et n° 10. — Comp. Troplong. Prescript. n° 237. — Savigny. 7e Edition, p. 35-51, §§ 2-5. — Rudorff. Appendice n° 18. — Puchta. Ueber die Existenz des Besitzrechts.

un « jus Possessionis ». Le mot même après la chose avait passé dans la langue juridique des Romains (1).

35. — Mais si la Possession est un droit, est-ce un droit réel ou un droit personnel ?

D'après Savigny, cette question se résout en celle-ci : Quelle est la nature des Interdits? Sont-ce des actions réelles ou des actions personnelles? et il conclut ainsi : « Les Interdits possessoires appartiennent à la théorie des Obligations et la Possession n'y figure que comme la condition indispensable de ces Interdits. Le « jus Possessionis », c'est-à-dire le droit qui découle de la Possession consiste dès lors uniquement dans la faculté offerte au possesseur d'invoquer la protection des Interdits dès que la violation de sa Possession revêt une forme déterminée; hors le cas d'un semblable trouble la possession par elle-même ne donne aucun droit. »

Nous verrons plus loin combien cette dernière proposition est contestable en parlant des effets de la Possession.

Mais quoique la chose soit directement soumise au Possesseur, nous sommes obligés de reconnaître que la Possession n'est pas en droit Romain un droit réel (2). Ce droit, en effet, ne peut être poursuivi contre un tiers détenteur. (L. 7 « de Vi », 43, 16) « et Ulpien nous dit » L. 1 § 3. « De Interdictis » 43, 1. « Interdicta omnia licet videantur in rem concepta, vi tamen personnalia sunt ». Comme tout droit manifeste son énergie et son caractère par le moyen de l'action qui sert à le défendre, nous devons conclure que la Possession appartient à la classe des droits personnels.

La Possession pourtant pouvait être transmise chez les Romains en vertu des pactes de « Precarium » et d' « emphyteusis » et nous verrons que dans l'Inter-

(1) Nous verrons que cette discussion a été reprise en droit fr. par M. Troplong, qui a soutenu que la Possession n'est qu'un fait.

(2) Contrà. Blondeau, Chrestomatie. p. 267, cpr. Appleton § 20, qui donne aux Interdits possessoires le caractère d'actions réelles bien qu'il déclare avec Savigny que la Possession n'est pas même un droit.

dit « Utrubi » la Possession peut être recouvrée dans un certain délai non seulement contre celui qui s'est emparé du meuble, mais encore contre tout tiers détenteur, contre tout possesseur de ce meuble (1).

On voit que les Romains ici ont manqué de logique, et l'on pourrait dire avec Molitor (n° 11) qu'ils ont constitué une sorte de droit mixte (2) réel — personnel, réel parce que le droit sur la chose est direct et immédiat, motif pour lequel les Interdits paraissent « concepta in rem » et personnel parce l'Interdit ne peut s'intenter que contre l'auteur d'un fait, du fait de trouble possessoire ou de spoliation, sans qu'on puisse atteindre les tiers possesseurs (3).

§ 7. — Effets de la Possession

36. — Quels sont les effets de la Possession? M. de Savigny les a réduits à deux. L'Usucapion et les Interdits ou Actions Possessoires (§ 3 et 4).

Encore, dit-il, l'Usucapion ne résulterait-elle pas de la Possession même et toute seule, puisqu'il faut pour usucaper juste titre et bonne foi, et de plus, selon les époques, une certaine durée dans la Possession.

Il ne reconnaît donc aucun autre effet à la Possession que le droit aux actions Possessoires. Car la Publicienne qu'on pourrait être tenté de ranger parmi

(1) Ces considérations ont conduit Muhlenbruch, Pand., 242, 233, à faire de la Possession romaine un droit réel défendu par des actions personnelles. D'autres, comme Huberus sur les Institutes de Justinien (de Interdictis) refusent de la classer parmi les droits réels ou personnels, et en font un droit à part.

(2) Comp.— Heineccius. « Elem juris », n°s 834 et 1129.— Vinnius. Inst. « De Interd » § 6. — Pothier. Trait de la Poss. 2, 3. — Molitor, n° 11.— Bélime, n° 17.

(3) En droit français, au contraire, les Actions Possessoires sont des Actions réelles. L'art. 3 « Cod. Proc. Civ. » qui prescrit de les porter devant le Juge de la situation de l'objet litigieux ne permet aucun doute à cet égard. Déjà, nous le verrons elles avaient ce caractère dans notre ancien droit. Les voies avaient été préparées par le Droit Canonique qui accorda l' « Unde Vi » contre le tiers détenteur qui avait reçu l'immeuble, sachant qu'il avait été usurpé avec violence. — Canon Sœpe (d'Innocent III en l'an 1216). Décr. Grég. Livre II. Titre 13, Ch. 18.

les effets de la Possession est bien plutôt l'effet d'une présomption légale, en vertu de laquelle le Possesseur qui, à juste titre et bonne foi, est présumé propriétaire.

La « Fructuum perceptio » repose, d'après lui, sur une même présomption.

Quant à l'acquisition de la propriété par l'occupation et la transmission de la propriété par la tradition, c'est d'une façon inexacte que Justinien, Instit. II, 9, 5, déclare qu'on acquiert « per hanc dominium, » car on ne peut discerner une Possession distincte de la propriété, même pendant un instant de raison. Dans ce cas donc, dit Savigny, la Possession n'est qu'un mode d'acquérir la propriété.

Le droit de rétention n'est pas non plus un effet de la Possession, car il suppose une corrélation entre une obligation et la chose qu'on détient, « debitum cum re junctum, » et s'accorde d'ailleurs aussi bien au simple détenteur qu'au Possesseur.

En ce qui concerne la maxime « In pari causa melior est causa possidentis, » et le droit de défendre la Possession, « cum moderamine inculpatæ tutelæ (L. 1, Cod. 8, 4), il est basé sur le droit de légitime défense et appartient aussi au détenteur. D'ailleurs, ne pourrait-on pas le citer comme une voie de fait permise et non comme un véritable effet juridique.

Il y a, selon nous, dans cette théorie de Savigny, un excès véritable, et si on doit lui savoir gré d'avoir purgé la science de véritables erreurs, d'avoir justement condamné les systèmes qui prétendaient rencontrer jusqu'à soixante-douze béatitudes principales procurées par la Possession, on doit dire, notamment en ce qui concerne l'Usucapion et la perception des fruits, que le droit de Possession, le respect dû à la volonté et à la détention est bien la base même de ces dispositions.

Enfin, sous le régime formulaire, avant que la L. 9, R. V. vînt donner au simple détenteur le même avantage, la Possession donnait le droit d'être considéré comme défendeur dans les actions réelles. C'était bien

là, quoi qu'on puisse dire, un effet propre considérable de la Possession (1).

C'est donc un point de vue étroit que de réduire aux actions Possessoires les effets de la Possession. Ce n'est pas le seul avantage qu'elle procure, si c'est le principal (2).

§ 8. — Objets de la Possession

37. — Dans le Droit ancien, pour qu'une chose pût être possédée, il fallait :

1° Qu'elle fût corporelle. Paul L. 3, « Pr. De Adquir. vel Amitt. Possess. 41, 2, Possideri autem possunt, quœ sunt corporalia. »

Mais on ne saurait posséder un droit incorporel, L. 4, Paul, § 27. De Usurp. et Usuc. 41, 3.

2° Il fallait encore pour qu'une chose pût être possédée qu'elle fût dans le commerce.

C'est la solution donnée par de nombreux textes, L. 23, § 2. Javolenus 41, 2. On ne peut posséder un homme libre, ni les « res divini juris » comme un « locus sacer » ou « religiosus » Paul L. 30, § 1, eod. tit., ni le rivage de la mer, L. 3, § 17, eod. tit. Dans ce dernier cas on perd sa Possession si le fleuve ou la mer envahissent le fond possédé (L. 3 § 17 et L. 30 § 3.)

Et pour nous résumer, les « res communes omnium » ; les « res publicæ quœ in publico usu habentur » les voies publiques, les fleuves, la mer, ne sauraient être l'objet de la Possession privée.

Mais les choses publiques qui ne sont pas affectées à un usage commun ?

On doit donner pour ces choses une règle semblable à celle que donne « Pomponius » à propos de l'achat des « res publicœ ». L. 6 de Contrah. Empt. 18, 1.

On ne peut acheter sciemment, dit « Pomponius » d'après Celsus le fils, un homme libre, ni aucune chose dont on sait l'aliénation impossible, comme les « sacra »

(1) Contrà Rudorff sur Savigny, p. 568.

(2) Comp. Appleton, § 72.

les « loca religiosa », les choses « quorom commercium non sit » *comme les lieux publics qui ne sont pas dans le patrimoine privé du peuple*, mais qui sont consacrés à l'usage public, comme le Champ-de-Mars. Ces biens, au contraire, que Pomponius déclare faire partie du patrimoine privé du peuple, biens de conquête pour la plupart, l' « ager publicus » opposé à l'« ager privatus (les fundi provinciales, vectigales) » étaient susceptibles de possession privée et nous verrons que Niebhur et Savigny rattachent à la possession de cet « ager publicus » la création des Interdits.

38. — Cette règle qu'on ne peut posséder que les choses corporelles ne fléchit qu'en faveur des servitudes. Déjà la très ancienne jurisprudence, sinon la loi des XII Tables, avait permis l'Usucapion des servitudes. Cette Usucapion fut abolie par une loi Scribonia, L. 4, § 29. De Usurp. et Usuc, 41, 3. « Eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat. » Cette loi date de la fin de la République ou du commencement de l'Empire, car la loi 10, § 1, de Usurp. et Usuc., 41, 3 (Ulpien), nous dit: « Hoc jure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum ædificiis possint (1). »

Cette loi Scribonia était évidemment une disposition rétrograde.

Il eût été logique, comme nous l'avons fait remarquer, d'admettre une Possession de certaines servitudes au moins. Car si la Possession est l'exercice de la propriété ou de prérogatives identiques à celles de la propriété, on peut aisément concevoir une Possession qui serait l'exercice d'un démembrement de la propriété.

Mais on ne procèda pas avec cette hardiesse. Ce ne fut qu'à la longue qu'on admit pour les servitudes le droit aux Interdits à titre utile et non pas une Possession, mais un quasi-possessio (2); plus tard encore qu'on

(1) « Longo tempore capi pour Usucapi; » il y a interpolation évidente, car au temps de Justinien on peut prescrire « longo tempore » les servitudes.

(2) En dehors des servitudes, on trouve parmi les « Jura in Re la

admît les servitudes au bénéfice de la « longi temporis præscriptio » ; après avoir si mal à propos supprimé l'Usucapion.

Et encore dans cette quasi-possession reconnue aux « jura in re », les Romains ne procédèrent pas systématiquement.

Tantôt ils accordèrent des Interdits spéciaux tels que l' « Interdictum de Itinere actuque privato, de Aqua cottidiana et estiva, de Fonte, de Cloacis », tantôt au contraire, ils concédèrent les Interdits ordinaires à à titre utile.

En résumé, on peut reprocher sur ce point au droit romain des inconséquences graves et des lacunes capitales. L'étude des Actions Possessoires appliquées aux servitudes est extrêmement difficile, hérissée de controverses, et nous verrons sur ce point trois systèmes contradictoires (1).

39. — A ce point de vue, si le Droit Romain reconnaît en plus que le Droit Français, un Interdit spécial pour les meubles : l' « Utrubi », on peut dire que le système possessoire français paraît plus rationnel et plus logique et surtout que la conception de la Possession quant aux choses auxquelles elle peut s'appliquer est bien plus exacte, plus large, plus pratique.

En Droit Français, nous appelons Possession d'une manière générale la jouissance d'un Droit (art. 2228). Dans l'ancienne jurisprudence coutumière, la Possession des rentes foncières était même protégée par des Actions Possessoires. On a vu dans l'exercice de fait d'un Droit autre que la propriété, combiné avec l'intention d'acquérir, quelque chose de semblable à la détention corporelle, une sorte de détention morale.

On a objecté, il est vrai, qu'il fallait pour qu'on pût attribuer à l'exercice d'un droit le caractère de

superficies » si on admet la théorie de Savigny et son explication de la loi 3, § 7 « Uti Possidetis 43, 17. (Sic Machelard, p. 175. Contrà Molitor, n° 21) ». Outre les Interdits généraux, le superficiaire a un Interdit conservatoire spécial « Interdictum de superficiebus » qu'Ulpien assimile à l' « Uti Possid. » en l'appelant « quasi-Uti Possidetis ».

(1) Savigny, § 46. — Muhlenbruck, § 297. Doctr. Pandect. — Wiederhold. « Das Interd. Ut. Possid. und die nov. oper. Nunc. Hanau 1831 ».

« juris possessio », il fallait que cet exercice fût continu et pût se répéter, qu'il fallait par conséquent qu'il n'éteignît pas le droit lui-même. (Telle était dit Molitor, page 32, la conception du Droit Romain). Il suivrait de là qu'un droit de créance ne peut être susceptible de Possession. C'est là, croyons-nous, une erreur. Le paiement qui éteint la créance n'est que l'exercice final, plein et entier du droit, mais il peut se faire que le droit de créance s'exerce dans des limites moindres, on peut jouir des intérêts, des avantages et accessoires de la créance, et si une analyse rigoureuse démontre qu'il y a là des droits, si l'on veut, distincts du droit principal, on peut dire qu'en réalité et pratiquement l'art. 2228 donne la solution la plus naturelle et qu'il loin est de mériter les critiques qu'on lui a faites.

Enfin la loi française applique la Possession à l'état des personnes (327 et suiv. Civ).

Le droit Romain, au contraire, bien que les « jura status », les droits dérivant de l'état civil ou politique d'une personne soient susceptibles d'exercice et d'exercice continu et réitéré, n'avaient pas admis même de « Juris Possessio ».

§ 9. — Du fondement théorique et pratique de la Possession et des Actions Possessoires

40. — Nous ne pouvons entièrement passer sous silence les interminables discussions auxquelles a donné lieu, surtout en Allemagne, cette question spéculative: Pourquoi et à quel titre la Possession doit-elle être protégée (1)?

(1) On ne saurait concevoir tout ce que l'on a écrit sur ce sujet en Allemagne (comp. Savigny, p, 55 et suiv. Carl Albert, « Das Interdict. Uti Possid » p. 12; Randa, p. 271). Meischeider « Besitz und Besitz klagen » énumère environ vingt opinions différents!

Ce sujet a été repris avec une évidente supériorité par M. Ihering (Fondement des Interdits Possessoires) (Trad. Maulenaère, Paris 1882). Après avoir (p. 6 et suiv.) énuméré et discuté les principales opinions sur ce point, Ihering p. 42, formule ainsi sa théorie: La Possession est une position avancée de la propriété et la protection de la propriété serait insuffisante sans la protection de la Possession. Il s'attache ensuite à démontrer cette double proposition par un examen approfondi de la Possession et des Actions Possessoires. Aussi son traité est-il

Pour ceux qui ne voient dans la Possession qu'un simple fait, il est difficile évidemment d'expliquer pourquoi le préteur, gardien rigoureux du droit, a pu songer à la protéger.

Nous n'entrerons pas dans l'examen de ces théories exclusives et paradoxales. Pour nous qui voyons dans la Possession un droit véritable et qui croyons l'avoir péremptoirement établi, on comprend qu'une pareille explication ne nous embarrasse aucunement.

41. — La Possession est protégée parce qu'elle est un Droit. Et pourquoi le Droit Romain l'a-t-il élevée à la hauteur d'un droit? Parce qu'elle repose sur un acte de la volonté de l'homme qui doit être respecté. Nous estimons donc que le fondement, le seul fondement réel de la Possession est dans le respect que le législateur doit à la volonté humaine dans sa légitime manifestation extérieure, dans le respect que le législateur doit à la personnalité.

Joignez à cela les motifs d'ordre public, le besoin de tranquillité, l'interdiction nécessaire des violences, de toute prétention à se faire justice par soi-même.

Ajoutons enfin, que par un résultat pratique remarquable, cette reconnaissance d'un droit de Possession vient fortifier la propriété, vient créer pour elle une protection nouvelle... Décharger le propriétaire de la preuve spéciale et difficile, souvent douteuse, de sa propriété, protéger sa Possession n'est-ce pas en même temps protéger la propriété?

Nous n'insistons pas sur ces idées qui pour nous sont l'évidence même. Nous croyons que cette protection de la Possession est de tous les temps, de tous les lieux, qu'elle s'impose à toutes les législations à mesure que les peuples progressent et que leur droit se développe, et les Romains n'eûssent-ils pas, comme on le prétend, nettement donné à la Possession le caractère d'un droit, que la logique des motifs exprimés plus haut suffirait à justifier l'innovation du préteur.

surtout précieux en ce sens qu'il donne un aperçu complet des Actions Possessoires plutôt qu'il n'établit la thèse contestable posée par l'auteur.

CHAPITRE II

GÉNÉRALITÉS SUR LES INTERDITS

BUT ET ORIGINE DES INTERDITS ET SPÉCIALEMENT DES INTERDITS POSSESSOIRES. — NATURE DE CES INTERDITS. — CONCOURS DES INTERDITS POSSESSOIRES AVEC DIVERSES AUTRES ACTIONS. — DIVERSES ESPÈCES D'INTERDITS.

42. Des actions possessoires en Grèce. — 43. Définition et étymologie du mot « Interdictum ». L'Interdit émane de « l'Imperium du Préteur. — 44. Comment le Préteur a été amené à créer les Interdits. — 45 Théorie de Savigny sur l'origine et la signification des Interdits possessoires. — 46. Objections contre cette théorie. — 47. Examen de quelques autres systèmes, Bethman Holweg Schneider, Puchta, Barkausen. — 48. Examen de la théorie des anciens commentateurs renouvelée par Ihering. — 49. Conclusion. — 50. De la nature des Interdits Possessoires. Comment Savigny en explique le caractère délictuel. — 51. Objections de Randa et d'Ihering. D'après ce dernier même « l'Uti Possedetis » ne présente aucun des caractères d'une action « ex delicto ». — 52 Motifs véritables sur lesquels repose le caractère délictuel des Interdits Possessoires. — 53. Démonstration de ce caractère délictuel pour l'examen des sources. — 54. Du concours des Interdits avec divers autres moyens de Droit. — 55. Division des Interdits.

BUT ET ORIGINE DES INTERDITS ET SPÉCIALEMENT DES INTERDITS POSSESSOIRES

42. — D'après Carl Albert, dans son travail sur l'Interdit « Uti Possidetis » p. 28, 29, la théorie de la Possession et des Interdits Possessoires, serait une doctrine toute romaine. Les Grecs et les Athéniens n'auraient pas connu les Actions Possessoires. Nous ne saurions partager cette manière de voir. Les Grecs (1) avaient développée à un haut degré l'idée du Droit de propriété et étaient arrivés sur ce point à des notions très scientifiques. Aussi bien que le Dieu Terme à Rome, une divinité spéciale, ὁρίος θέος, veillait à la li-

(1) Il semble pourtant, d'après M. Claudio-Janet, qu'à Sparte il n'y avait pas d'Action Possessoire.

mite des héritages et une action spéciale ἐξούλης δίκη, instance d'expulsion, protégeait la Possession contre toute violence même fictive ἐξαγωγη. C'est ce que nous apprend « Sigonius » dans son livre *de Rep. Athen.* Livre III, ch. 1er « Ceterum ἐξούλης δίκην intendebant ii qui se a rebus suis arceri dicerent iis a quibus arcerentur, dicta vero est ἀπο τοῦ ἐξελλειν, quod est dejicere (1).

Une autre action βιαίων δικη était d'après Sigonius donnée dans le cas spécial d'une violence matérielle ; d'autres érudits modernes prétendent qu'elle était spéciale aux meubles.

Quoi qu'il en soit les Romains constituèrent sur cette matière un système tout à fait original. Les Interdits sont une matière toute romaine qui ne se comprend que si l'on en dégage avec soin l'origine, si l'on détermine exactement les conditions spéciales dans lesquelles ils ont été créés et les besoins auxquels ils répondaient.

43. — A l'origine, « l'Interdictum » est une ordonnance du Préteur qui en vertu de son « imperium » défend de faire quelque chose « Interdicit ».

« Dans certains cas, dit Gaius IV, 139, le Préteur « ou le Proconsul interpose son autorité principaliter (2) « (dès l'origine ou sans l'intervention du juge) pour « terminer les contestations ; il le fait principalement « dans les débats sur la Possession et la quasi-Posses- « sion, et en résumé, ou bien il ordonne ou bien il dé- « fend de faire quelque chose. Les formules, les termes « dont il se sert en ce cas sont appelés « Interdicta ou « Decreta » et § 140. « Ce sont des Interdits quand il « défend de faire quelque choses. »

C'est donc à tort que Justinien et Théophile font dériver le mot « interdictum de Inter duos dictum » et certains auteurs comme Cujas et Scheider (Subsid. Klag, p. 143, note 78) de « interim dictum » d'après

(1) Voir aussi Bockh, Économie politique des Athéniens et Schöman: « Der attische Prozess ».

(2) Nous aurons à revenir sur le sens du mot « principaliter » que Bethman Holweg traduit ici par principalement ; d'autres par: *dès le commencement.*

l'Interprétation Wisigothe sur Paul V, 6, 1 et Isidore V, 25 (1).

Nous verrons en effet que les Interdits n'ont pas le caractère provisoire que cette dernière étymologie leur attribuerait.

Pour bien comprendre l'importance des Interdits en Droit Romain, il est nécessaire d'indiquer en traits généraux quelle était l'étendue de « l'Imperium » des magistrats.

Il semble que tous les Magistrats, les Consuls, les Ediles, les Censeurs, les Préteurs rendaient des Edits ou ordonnances et en entrant en charge ils exposaient et formulaient les principes en vertu desquels ils se proposaient de décider dans les différents cas et spécialement dans ceux que la loi n'avait pas prévus. « Pomponius » L. 2 § 10. « De Orig. Jur. » 1, 2. « Les magistrats proclamaient le droit et pour que les citoyens pûssent savoir quelle solution de droit chaque magistrat donnerait dans chaque cas particulier et pûssent prendre leurs précautions, ils proposaient des Edits..... Ces Edits du Préteur ont constitué le Droit honoraire. »

Ces Edits s'appelaient « Edicta perpetua » par opposition aux « Edicta repentina » que les magistrats donnaient pour des cas particuliers, « prout res incidit » L. 7 pr. « de jurisd. » 2, 1.

De ces Edits, ceux du Préteur que l'on appelait aussi « jurisdictionis perpetuæ causa proposita » étaient les plus importants.

La loi Cornelia (687) (2) ordonna aux Préteurs de suivre religieusement leurs « Edicta perpetua ». Comme de plus, bien que l'Edit n'eût de force obligatoire que pour la durée de la magistrature les principes les plus avantageux énoncés dans l'Edit annuel et dont l'expérience venait démontrer l'utilité et le caractère pratique, passaient comme « jus translatitium » dans l'Edit du

(1) Doit être réjetée également l'opinion d'Hotoman suivie par Pothier ; d'après eux la particule inter n'a d'autre valeur que d'indiquer la force de l'ordre du Préteur.

(2) Asconius in Argum Cornel.

magistrat suivant, on comprend comment le Droit honoraire put se développer et présenter dans les parties admises sans discusion par une longue suite de Préteurs et désormais hors de toute contestation, une formule définitive et immuable; comment il put acquérir force de loi et devenir la vive voix du Droit des Quirites. « Marcianus » L. 8 « de Justitua et Jure, 1, 1. Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis ».

« L'Edictum translatitium » devenu purement et simplement l'Edit du Préteur, avait donc, dès l'époque de Cicéron, une importance pratique supérieure à celle de la loi des XII Tables et des autres lois de la République. Aussi Cicéron nous dit-il que personne n'apprend plus la loi des XII Tables comme il l'avait, lui, apprise par cœur dans son enfance, mais l'Edit même du Préteur. Cic. De Legibus I, 5, et II, 23.

Dès cette époque, et depuis longtemps sans doute, les Interdits Possessoires étaient prévus par l'Edit, comme Cicéron nous l'apprend. C'était une Institution dont l'origine se perdait dans la nuit des temps, et la loi des XII Tables aurait même consacré certains Interdits comme l'Interdit de Glande legenda. (Voir à ce titre, au Digeste.)

Mais comment peut-on concevoir qu'un magistrat chargé d'appliquer la loi en soit venu à l'interpréter réglementairement, pour employer une expression moderne, et même à créer une législation parallèle à la législation civile, car le Préteur n'a pas seulement interprété la loi, mais il l'a modifiée et violée. Comment expliquer ce phénomène que les ordonnances d'un magistrat, qui n'avait pas le pouvoir législatif, aient pu acquérir une autorité égale, sinon supérieure, à celle de la loi?

Par une raison souveraine d'utilité et de nécessité. La rigueur formaliste du vieux droit civil était insuffisante pour tous les besoins; elle devint même contraire à l'utilité publique avec les progrès de la République romaine. Aussi est-ce avec raison que Papinien nous dit (L. 7 « De Justitia et Jure ») que les Préteurs

ont introduit le droit honoraire pour aider, suppléer ou corriger le droit civil *à cause de l'intérêt public.*

Le Préteur, d'ailleurs, magistrat élu, avait un pouvoir arbitraire, « imperium », qui n'était restreint que par la responsabilité que ses actes pouvaient lui faire encourir. C'était un magistrat souverain et il n'y avait pas d'appel contre ses décisions, seulement et rarement intercession des autres magistrats. Et puis les Comices ne s'occupaient que fort peu de droit privé et la législation n'était pas tenue au courant des mœurs et des besoins de la nation. C'était donc pour le Préteur un devoir de compléter et de suppléer le droit civil; il fit plus encore : avec les progrès des idées et les rapports plus fréquents avec les autres nations conquises, il fut amené à reconnaître le « jus gentium, » à proclamer l'équité, à adoucir la barbarie du vieux droit. Il est probable que le Préteur pérégrin fit les premiers pas, mais il fut suivi par le Préteur urbain aux applaudissements de tous et il se forma alors un droit coutumier aussi respecté que le droit civil.

L'origine des Interdits doit donc être attribuée à la nécessité qui s'imposa au Préteur de garantir certaines manifestations de la volonté individuelle qui méritaient d'être protégées contre les attaques arbitraires. « C'est à bon droit, nous dit Paul, que l'Interdit de Precario a été introduit dans le droit, car, dans ce cas-là, le droit civil n'accorde aucune action. » L. 14, De Precario, 43, 26. Comp. Ulpien, L. 14, § 11. De Furtis, 47, 2, et Gaius, L. 13, Ad Exhib., 18, 4.

Dans ces cas, le Préteur suppléait au droit civil, et pour faire triompher l'équité, il lançait une ordonnance en vertu de son « Imperium ».

Il paraît difficile de dire par quelle matière le Préteur commença. D'ailleurs, le domaine des Interdits pouvait et devait être considérable. Le Droit civil, en effet, ne statuait ni sur les matières de droit divin ou religieux, comme la protection des lieux sacrés, des tombeaux, des inhumations, — ni sur les matières de droit public, comme l'usage commun des rivages de la mer, des fleuves, des voies publiques, — ni sur les cas

de Possession ou quasi-Possession, puisque le vieux droit ne reconnaissait que le « Dominium ex Jure Quiritium. »

Le Préteur interviendra donc si quelqu'un nous empêche d'user d'une « res publica » par exemple. Il ne fera d'abord que paralyser et défendre, mais plus tard il en viendra à ordonner des faits positifs.

Dans le premier cas, il y aura « Decretum »; dans le second, « Interdictum », et Gaius distingue encore soigneusement les deux hypothèses. IV. 140. (Aj. L. 1, Pr. « De Tab. exhib., » 43, 3. Texte même de l'Edit). Mais le mot « Interdictum » finit par prévaloir. Ulpien, L. 1, « De Interd. 43, 1, ne distingue plus, et Justinien, Inst. IV, 15, Pr. 1, ne reproduit pas la distinction de Gaius.

Mais comment cette Institution des Interdits a-t-elle été spécialement appliquée à la Possession; le Préteur l'a-t-il créée pour elle ou la lui a-t-il appliquée par extension; à quelle Possession l'a-t-il d'abord appliquée? C'est là une question difficile qui nous paraît, comme nous l'avons déjà indiqué, à peu près insoluble, mais à propos de laquelle ont été proposés plusieurs systèmes intéressants que nous allons examiner.

45. Théorie de Savigny. — Ces sortes d'Edits, qu'on appelle Interdits, particuliers à chaque affaire, dans lesquels le Préteur intervenait en vertu de son « Imperium », avant d'agir comme « juris disceptator, » paraissent, dit Savigny, avoir été le mode le plus ancien de suppléer au droit civil. Les premiers Interdits ont été sans doute créés, nous dit Savigny, et sur ce point nous sommes d'accord avec lui, pour la protection des lieux publics et des choses sacrées que la loi n'avait pas prévue. C'est encore dans leur forme primitive qu'ils furent appliquées aux matières possessoires.

Mais comment le magistrat fut-il amené à le faire? A l'occasion, dit Savigny, d'une institution toute romaine, le « Precarium ».

Le droit romain, à l'origine, ne reconnaissait, nous l'avons déjà constaté, que le « Dominium ex jure Quiritium » pour les immeubles; en dehors de ce « domi-

nium », il n'y avait qu'une simple détention sans caractère juridique. Et chez les Romains toute propriété émanait de l'Etat ; cela était vrai même pour les meubles, car le soldat ne pouvait dire sien le butin, source originaire de toute richesse mobilière à Rome, que lorsque le pillage avait été autorisé ou que l'objet avait été acheté à la vente faite par l'Etat.

Quant à la propriété immobilière, elle était aussi attribuée par l'Etat, mais dans les premiers temps elle n'avait aucune importance. Chaque patricien, membre du Populus, n'avait droit qu'à deux arpents, espace suffisant pour la maison et le jardin.

Mais en dehors de cette propriété privée, le père de famille faisant partie du « Populus » avait la jouissance du domaine public et ce domaine s'augmentait à chaque conquête (1).

Quoi qu'il en soit, les assignations, les transactions faites entre particuliers, les distributions faites aux vétérans, les fréquentes usurpations et surtout l'accumulation des richesses mobilières, changèrent complètement le régime économique.

Les Actions réelles du Droit civil protégèrent l' « ager privatus ».

Mais quant à l' « ager publicus » dont tous les particuliers en principe avaient le droit de tirer parti, qui était une sorte de patrimoine indivis, mais qu'en fait s'attribuait la caste patricienne, on admit que l'occupant devait être protégé contre les aggressions et les usurpations arbitraires.

Le Préteur dans ce but lançait un « Interdictum » soit pour maintenir celui qui possédait quand sa Possession avait été troublée, soit pour la lui faire recouvrer quand il en avait été dépouillé.

Ainsi se constitua à côté du « dominium » une jouissance qui n'était pas protégée par le « jus civile » et ne pouvait l'être parce qu'une loi eût été forcément repoussée dans les comices. C'était en somme une

(1) Il paraît d'ailleurs que la quantité de terre assignée au plébeien était plus considérable — sept arpents.

véritable propriété naturelle en faveur des patriciens surtout lorsque ceux-ci se furent complètement affranchis de la légère redevance qui paraît avoir été imposée au début à ceux qui occupaient l' « ager publicus ».

Le Préteur se préoccupa donc de la protéger, non plus par des ordonnances spéciales, mais d'une façon méthodique, et une telle protection n'était pas seulement urgente quand il y avait aggression faite de vive force ou usurpation furtive ou clandestine, mais surtout au cas d'une lésion particulière dont nons allons parler.

Les Optimates qui s'étaient ainsi emparés de territoires considérables étaient évidemment hors d'état de les faire valoir et de les cultiver eux-mêmes. Et ils avaient coutume d'en concéder une partie à leurs clients sur leur demande et par faveur (de là le Precarium, de Preces). Ces concessions constituaient une véritable libéralité et elles étaient révocables « ad nutum ». Mais comme le patron n'avait en somme aucun droit sur le terrain concédé, d'après le droit civil, il était en principe désarmé contre la mauvaise foi du client. Le Préteur pour obvier à cet inconvénient ordonnait, quand un pareil abus de confiance se présentait, que la terre fût restituée au patron, sans que celui-ci eût autre chose à prouver que la Possession qu'il avait eue au moment du « Precarium ».

Telle est, dit Savigny, l'origine de la Possession, tel est le phénomène spécial qui explique l'importance considérable de la Possession en Droit Romain.

Le Préteur arma d'abord au moyen des Interdits, celui qui n'avait sur un bien que la simple détention physique jointe à l'esprit d'appropriation, en dehors de toute juste cause de propriété ; ce fut l'origine de la « Possessio » proprement dite telle qu'elle est organisée par le Droit Romain, institution qui ne tarda pas à s'appliquer utilement aux biens soumis à la propriété individuelle, en permettant par exemple de régler l'attribution des rôles de demandeur et de défendeur dans la revendication sans revenir à l'ancienne procédure arbitraire de la « manuum consertio ».

Telle est à grands traits la théorie de Savigny. Il la fortifie par cette remarque que précisément le mot « Possessio » servait à l'origine à désigner l' « Ager publicus. — Festus v° Possessiones : « Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, quia non mancipatione sed usu tenebantur et ut quisque occupaverat colebat (1). »

46. — Cette hypothèse de Savigny, dont un auteur a dit qu'il n'en était pas de plus probable dans le domaine du Droit, ne nous satisfait pas cependant. Elle est évidemment incomplète et conjecturale. Il est évident que le domaine des Interdits a dû dès l'abord être beaucoup plus vaste. Dès l'origine, il a dû être nécessaire de protéger la Possession des choses soumises à la propriété individuelle, bien avant qu'il y eût un « ager publicus » occupé privativement et des contrats de précaire. Puis il ne semble même pas que la première application des Interdits aux matières Possessoires ait été faite en matière d'immeubles. Ne voyons-nous pas, d'ailleurs, qu'un des plus anciens Interdits est l'Interdit de Glande Legenda dont il était même fait mention dans la loi des XII Tables ?

D'autre part, il semble que les concessionnaires de « l'ager publicus » durent avoir, quand ils exploitaient eux-mêmes d'autres ressources que la voie des Interdits, notamment l'Interdit de « Loco publico fruendo », 43, 9 (2).

Cette théorie donc, toute séduisante qu'elle soit, doit être rejetée.

47. — D'autres systèmes ont été également présentés pour rendre compte du but que les Préteur s'était proposé en créant les Interdits.

MM. Bethman Holweg, Schneider, Puchta (Inst.,

(1) Cette théorie, dont le germe est dans Doneau a été indiquée par Niebhur, Römische Geschichte, tom. II, p. 116.
Savigny, § 12 a.
Comp. Giraud, Recherches sur le Droit de propriété, 185-208.
Molitor, n° 58, p. 117.
Maynz, § 82 et p 665, note 12.

(2) Et puis l'Interdit de Precario est-il un Interdit Possessoire ? C'est un point très controversé et l'on verra plus tard que nous adoptons la négative.

t. II, § 169), prétendent que le but du Préteur a été d'intimider les plaideurs dans certains cas qui méritaient une faveur spéciale. De là, disent-ils, les « sponsiones pœnales » et pour baser ces « sponsiones », il fallait un ordre du magistrat dont l'infraction autorisât une répression. Cette rigueur éclatait encore dans la gravité inusitée que prenait en ces circonstances le « judicium calumniæ ».

Mais, 1° Gaius IV, 171, nous indique que sous le système formulaire même, il n'était pas indispensable que le Préteur donnât un Interdit, pour qu'il y eût « pœna », car l' « actio certæ creditæ pecuniæ » et l' « actio constitutæ pecuniæ » donnaient lieu à des formules qui exposaient les plaideurs à une « sponcio pœnalis »;

2° Gaius aussi nous apprend qu'on se sépara de bonne heure des « sponsiones » pour beaucoup d'Interdits et dès lors la « sponsio » cessa d'être un élément nécessaire de ces Procédures.

M. Barkausen (Thèse, Paris 1860), voit dans les Interdits un moyen imaginé pour arriver à une exécution forcée en nature et éviter les inconvénients de la condamnation pécuniaire.

C'est là une conjecture démentie par cette considération que les Interdits sont certainement contemporains des « Legis actiones » sous lesquelles était admise la condamnation en nature, de telle sorte que le remède aurait été antérieur au mal.

48. — Un autre système enfin, proposé par les anciens commentateurs et qui remonte aux Glossateurs même, consiste à voir, dans la procédure des Interdits, une procédure sommaire offrant l'avantage d'une grande célérité et qu'on eût par cela même appliquée aux débats sur la Possession qui ne devaient être que le Préliminaire des débats sur la propriété.

De plus, il aurait suffi, d'après eux, pour réussir dans cette procédure, d'administrer une semi-preuve, une preuve incomplète.

Enfin, il ne serait intervenu qu'une décision provisoire, qui aurait pu être annulée par un examen ulté-

rieur du fond, où cette fois une preuve complète eût été exigée.

Remarquons tout d'abord que l'on ne connaissait pas encore les Commentaires de Gaius, et non pas seulement cette procédure curieuse des « sponsiones », mais encore la possibilité du « judicium ».

Certains auteurs modernes, toutefois, ont, dans une certaine mesure, repris ces idées. Ihering, qui voit dans la Possession une position avancée de la propriété, incline à voir dans les Interdits une procédure sommaire préjudicielle à la revendication. C'est une théorie que nous retrouverons à propos de l'Interdit « Uti Possidetis » employé comme préalable à la revendication.

On doit tout d'abord reconnaître que les constitutions impériales vantent en effet la célérité des Interdits. La L. 22, Cod. Théod. Quor. Appelat. 11, 36, déclare l'Interdit « beneficio celeritatis *inventum* » et proscrit l'appel au sujet de l'Interdit « quorum bonorum » (adde L. 1, Cod. Théod « quor. bonor. » 4, 21). Il est d'évidence que les empereurs veulent en cette matière donner toute la célérité possible, « omnibus frustrationibus amputatis ». Arcad. et Honor. L. 3, Cod. « quor. bonor. », 8, 4. « Désireux de supprimer toutes les formalités inutiles, nous ordonnons que les choses corporelles soient transférées par l'Interdit « quorum bonorum », sans exclure une seconde action en ce qui concerne la propriété. (Ajoutez L. 4 Cod. « De Interdictis, 8, 1, Ruptis veteribus ambagibus ».

Enfin une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius (L. Unic. Cod. Si de moment. « Possess. » 7, 69, avait supprimé l'effet suspensif de l'appel dans les débats relatifs à la Possession (1).

A cette théorie on peut objecter que dans le cas où le « Judicium » avait lieu devant les Récuperatores, la procédure était plus rapide d'après la nature même de cette juridiction. Mais Gaius nous dit IV. 141, que

(1) Mais l'appel fut rétabli, comme nous le verrons. L. 12, § 7, Cod. « De Ædificiis priv. » 8, 19, L 5. Cod. « quor. appellat. non recip. » 7, 65.

les Récupérateurs n'étaient pas la règle et qu'on pouvait aussi bien être renvoyé devant un Judex. L'examen d'ailleurs de l' « Uti Possidetis » nous montrera à quelles complications l'on pouvait arriver.

D'autre part, si dans les Interdits on se contente de semi-preuves, c'est un fait exceptionnel et qui d'ailleurs se rencontre aussi dans certaines actions. Enfin le caractère *provisoire* n'est qu'une apparence même dans les Interdits concernant la Possession.

Sans doute il peut arriver que celui qui a succombé dans l'Action Possessoire intente plus tard avec succès l'Action pétitoire et que le résultat de la première décision soit réduit à néant. Mais voyons L. 35 « De adquir. vel amitt Possess. 41, 2. Fiet, ut qui victus est de Possessione petitoris partibus fungatur, et tum de dominio *quæratur*. » Y a-t-il là une décision portant sur la même question aux termes de la loi 7, § 4 « De exceptione Rei Judicatœ 44, 2. Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat, quotiens inter easdem personas eadem quœstio revocatur, vel alio genere judicii? » A un autre point de vue la décision Possessoire n'est pas mise à néant; elle sort son plein et entier effet en ce qui concerne le fait même de la Possession. Celui en effet qui aura gagné son procès au Possessoire conservera les dommages et intérêts que la sentence aura pu lui accorder, et s'il est de bonne foi, il acquerra les fruits jusqu'au moment de la « litis contestatio » dans l'instance pétitoire.

49. — Les théories que nous venons d'examiner sont donc impuissantes, soit à expliquer historiquement, soit à expliquer en raison le but, l'origine et la signification des Interdits et leur application aux matières Possessoires.

Et c'est, selon nous, un problème insoluble. Nous trouvons à un moment donné le système Possessoire Romain déjà complet, avec ses originalités et ses particularités, tout armé pour ainsi dire (voir « Cic. Pro Cœcina et passim »). D'autre part les auteurs anciens nous apprennent que la procédure par Interdit est une institution antique, remontant probablement plus haut

que la loi des XII Tables, puisque cette dernière s'occupe déjà de l'Interdit de Glande Legenda, mais quant à ce qui est de l'origine du système Possessoire, de son développement, de son but primitif, des extensions successives qu'il a pu recevoir, nous en sommes réduits à des conjectures (1).

Un seul point paraît certain, c'est par une raison d'équité que le Préteur a introduit les Interdits et dans les cas où la loi civile n'accordait pas d'action. Leur origine très ancienne paraît aussi indiscutable puisqu'on y rencontre le pari, ce mode d'engager un procès sous le système des « legis actiones ».

De la nature des Interdits Possessoires

50. — D'après une opinion de Savigny, longtemps acceptée sans discussion, les Interdits en général et les Interdits Possessoires en particulier, sont basés sur l'atteinte violente ou plus généralement arbitraire, dirigée contre la Possession, et ils empruntent les caractères des actions « ex delicto ».

« La Possession ne constituant pas par elle-même un Droit, dit Savigny, le trouble qu'on y apporte n'est pas, à la rigueur, un acte contraire au Droit : il ne peut le devenir que s'il viole à la fois et la Possession et un Droit quelconque. Or, c'est ce qui arrive lorsque le trouble apporté à la Possession est le fait de la violence; toute violence, en effet étant illégale, c'est contre cette illégalité qu'est dirigé l'Interdit. Les Interdits Possessoires supposent un acte qui par sa forme même est illégal. Le possesseur a le droit d'exiger que personne ne lui fasse violence. Il n'y a pas *là* violation d'un *droit*

(1) Nous verrons plus loin à propos de l'« Uti Possidetis » que certains auteurs pensent que cet Interdit fut créé pour remplacer les « vindiciæ ». Nous établirons que cette théorie malgré l'autorité de Gaius et bien qu'elle puisse trouver appui dans d'autres textes de nos sources, ne nous paraît pas devoir être admise. D'ailleurs l'origine de cet Interdit spécial se trouvât-elle dans la nécessité de remplacer les anciennes « vindiciæ » il est évident que l'origine des autre Interdits est toute autre. « L'Unde Vi » ne nous apparaît aucunement comme un préalable nécessaire à la revendication.

subsistant par lui-même en dehors de la personne, mais l'*état* de celle-ci se trouve modifié à son désavantage, et si l'on veut réparer complétement et dans toutes ses conséquences l'injustice résultant de l'acte de violence dont elle a été victime, il est indispensable de rétablir ou de protéger l'état de fait que cette violence avait entamé (Trad. Staedtler, p. 11-12).

51. — Cette théorie spécieuse ne saurait résister, on doit le dire, à l'examen le plus superficiel, comme le fait observer Randa. (Der Besitz nach Œsterr. Rechte, Leipzig 1865, § 8.) La violence ne saurait être injuste en elle-même qu'autant qu'elle lèse un droit. « En effet, là où aucun droit n'est lésé, mais où il y a seulement changement d'un état de fait, il ne saurait être question d'effacer l'injustice de la violence et de ses conséquences. »

Ihering, même entraîné par ce que ce raisonnement avait de vicieux, n'hésite pas à refuser aux Interdits tout caractère délictuel. « On ne doit reconnaître l'existence de cette nature délictueuse (dit-il p. 16) que dans un seul Interdit, on doit la nier dans tous les autres. Il est surtout, dit-il, un des Interdits « Retinendæ Possessionis, l'Utrubi », qui résiste à tous les efforts qu'on pourrait tenter pour le mettre en harmonie avec l'idée de Savigny. On sait, en effet, dit-il, que cet Interdit pouvait être dirigé non-seulement contre celui qui avait immédiatement soustrait la Possession au demandeur, mais aussi contre tout tiers, même contre le « bonæ fidei Possessor » ; la seule condition était que le demandeur eût possédé plus longtemps que le défendeur dans l'année antérieure, à compter du moment où l'action a été intentée. Comment donc Savigny peut-il ici parler de lésion de la Possession (p. 374) et invoquer simplement les mots de la formule de l' « Utrubi ». (L. 1, pr. « Utrubi, » 43, 31). « Vim fieri veto. »

« Ce n'était évidemment pas qu'une violence devait avoir lieu pour que quelqu'un pût intenter l'Interdit, mais bien que le défendeur ne pouvait opposer aucune violence au demandeur, lorsque celui-ci voulait em-

porter la chose. « Quominus eum ducat. » Pour l'Uti Possidentis, il n'est pas plus exact que la lésion violente de la Possession, soit une des conditions de cet Interdit. « L'investigation du juge « num vis facta sit contra edictum Prætoris » se réfère au temps après et non au temps avant l'octroi de l'Interdit. Celui-ci pouvait être invoqué sans difficulté par les deux parties dans le cas d'une controverse Possessoire « controversia de Possessione » toute pacifique et exempte de toute violence, par exemple, s'il s'agissait entre deux prétendants à une hérédité de savoir lequel avait le premier pris possession du fonds héréditaire et c'est précisément dans cet exemple qu'Ulpien (fr. 1, § 3. « Uti Possid., 43, 17, et Gaius IV, 148), trouvent leur point de départ dans la discussion de cet Interdit. D'après Savigny, l'implorant, dans ce cas, eût dû être repoussé. (Fondement des Interdits Possessoires, p. 16, 17, 18.)

Et Ihering, p. 19 et 20, résume toute sa discussion en ces quatre propositions. La théorie de Savigny attribue au Préteur la création d'actions « ex delicto ».

1. Qui étaient parfaitement superflues à côté de celles déjà introduites par le Droit civil (1).

2. Ces actions étaient refusées à ceux auxquels elles auraient dû être concédées, d'après les principes qui concernent les actions pour délits (Ceux qui détenaient « alieno nomine » et les incapables).

3. D'autre part, elles étaient accordées à ceux auxquels elles auraient dû être déniées d'après les mêmes principes (l' « injustus » ou « malœ fidei possessor »).

4. A l'exception d'une seule, on ne peut y découvrir la plus légère trace de délits.

52. — Cette théorie, soutenue avec une grande abondance d'arguments et de citations, ne nous paraît pas admissible néanmoins. Sans doute elle porte à la théorie de Savigny les coups les plus sensibles ; mais cela tient surtout à ce que celui-ci veut voir dans la possession un *fait*, non un *droit*.

(1) Bruns observe aussi que les « condictiones » tendant à la restitution de la Possession ne se concilient pas avec la théorie de Savigny.

Pour nous la « vis contra prœtaris edictum » est la lésion d'un droit.

Et cette lésion doit-elle consister dans une violence illégale? Non, mais dans un refus d'obéir à l'ordre du Préteur (1).

Et nous tenons à faire remarquer dès maintenant, que la plupart des auteurs ne distinguent pas assez soigneusement l'Interdit et l'Action qui naît de l'Interdit. L'Interdit est une ordonnance préalable comminatoire, qui selon nous subsista comme particularité purement formelle jusqu'au Bas-Empire, mais qui à l'époque classique était nécessairement rendue, comme Paul nous l'apprend de la façon la plus nette. Cette ordonnance se terminait par l'injonction : « Vim fieri veto ».

Le Préteur n'avait d'autre but en délivrant l'Interdit que de forcer les plaideurs à rentrer dans l'ordre régulier des Possessions.

S'ils voulaient passer outre il y avait « vis contra prætoris edictum » (violence contre l'Interdit du Préteur) il y avait désobéissance à l'ordre légal donné par le magistrat, et lésion postérieure à l'Interdit de la Possession du demandeur. Ainsi l'observation d'Ihering qu'il s'agit d'une *lésion après*, non avant, ne porte pas. C'était en vertu de cette *vis*, résistance illégale à l'ordre exprès du magistrat, que la formule d'Action était délivrée après prestation des « sponsiones » s'il y avait lieu.

D'ailleurs la « vis » était fort différente dans l' « Unde vi » et dans l' « Uti Possid. » et l' « Utrubi » ; c'est là un point d'évidence ou plutôt la « vis » était double dans l' « Unde Vi » ; il y avait la violence résultant de la « dejectio » et la violence résultant du refus de restituer d'après l'ordre du Préteur («restituisse se dicit » dit Cicéron en parlant d' « Ebutius » dans le « pro Cécina »).

(1) Ceci s'applique à l'Interdit « Ubi Possidetis » surtout. Dans l'Interdit « Unde Vi » tout le monde reconnaît qu'il y a lésion et la nécessité de l'Ordonnance préalable distincte de la formule d'action nous paraît indiscutable.

Ce sont là des idées que nous croyons certaines, sur lesquelles nous aurons à revenir en parlant de la procédure et que nous justifierons alors pleinement.

Il suit de là qu'il y a bien lésion de la Possession dans tous les Interdits. Quant aux objections spéciales que fait Ihering contre le caractère délictueux des Interdits Possessoires, elles sont loin d'être décisives. Que les incapables ne puissent posséder, cela s'explique facilement pour nous qui voyons dans la Possession un droit. La loi 49 « De adquir. Poss. » 41, 2 § 1, l'explique fort bien. Ceux qui sont en puissance ne peuvent posséder parce que la Possession n'est pas seulement de fait, mais de droit. Quant à ceux qui détiennent « alieno nomine », ils n'ont pas la Possession ; donc pas les Interdits. En quoi cela peut-il établir que les Interdits ne sont pas des Actions délictuelles? En ce qui concerne les Actions qui concourent avec les Interdits, nous convenons qu'elles font double emploi avec les Interdits ; mais 1° rien n'empêche pratiquement qu'il y ait eu diverses actions délictuelles pour une même cause, et 2° nous verrons précisément que ces Actions, beaucoup plus récentes que les Interdits, ont fini par en restreindre singulièrement l'importance.

53. — Après avoir écarté les objections, il nous reste à faire la preuve directe du caractère délictueux que nous sommes amenés à reconnaître aux Interdits.

Elle ressort du texte qui range les Interdits dans la classe des Actions personnelles, L. 1, § 3, 43, 1. « Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. »

Si l'Interdit est une Action personnelle, cette Action ne saurait reposer que sur une obligation contractuelle ou délictuelle. Or il n'y a point de contrat entre les parties, nous sommes donc obligés de dire qu'il y a délit.

Ce caractère délictuel résulte aussi des textes qui limitent à une année la durée de l'action et ne la donnent contre les héritiers, ou après ce temps contre l'auteur même de la « vis » que « in eo quod ad eum pervenerit », pour enrichissement. Les textes le disent

nettement pour l' « Unde Vi ». L. 35, pr. de Oblig. et Action. 44, 7. Adde L. 48 de Vi, 43, 16. L. 38, L. 44 R. J.

Et la règle ne saurait être différente pour l' « Uti Possidetis » qui est également annal d'après sa formule même et qui nous montre dans sa procédure la pénalité des Interdits à son plus haut degré.

Ce sont là des idées que nous aurons l'occasion de développer par la suite avec toutes leurs conséquences. Qu'il nous suffise de poser ce principe que les Interdits ou plutôt les Actions résultant des Interdits d'après ce que nous avons indiqué plus haut, étaient des Actions prétoriennes et des Actions « ex Delicto ».

Du concours des Interdits avec diverses autres Actions

54. — Que les Interdits soient contemporains des « Legis Actiones », cela est hors de doute comme nous l'avons fait remarquer. Leur procédure originale par « sponsiones » en fait foi.

Mais comment ont-ils pu subsister lorsqu'avec le système formulaire le Préteur put créer et créa en effet des Actions « in factum » d'une procédure moins compliquée? Quelle a été leur évolution sous le système formulaire? C'est ce que nous allons examiner.

On trouve à l'époque classique deux séries de moyens Possessoires qui viennent concurremment et parallélement avec les Interdits; ce sont les Actions « in factum » prétoriennes et les « condictiones », et plus tard les « extraordinariæ cognitiones ».

A. — Les Actions « in factum »

A côté de l'Interdit donné en faveur de quiconque avait été gêné dans son droit de jouissance de la voie publique, existait une « actio in factum ». Paul, Sentences, V. 6, 2. « Interdictum ita et actio proponitur ne quis via publica aliquem prohibeat. »

De même avec l'Interdit de « mortuo inferendo

11, 8, concourt une « actio in factum ». L. 9, de Relig., 11, 7.

(Voir d'autres exemples dans Machelard, p. 44).

B. — Cognitiones extraordinariæ

Si le locataire, « inquilinus », veut déménager après avoir payé sa « pensio » et qu'on s'oppose à l'enlèvement de ses meubles, il existe en sa faveur un Interdit. (De Migrando, 43, 32.) Mais cet Interdit était devenu peu fréquent du temps d'Ulpien, L. 1, § 2. De Migrando, 43, 32. « Cui rei extra ordinem subveniri potest; *ergo infrequens est hoc Interdictum.* »

Dans un autre cas, au contraire (L. 1, § 2, « si ventr., nom. » 25, 5), Ulpien repousse la « cognitio extraordinaria » et conseille l'Interdit.

Ces deux solutions démontrent qu'on était à une époque de transition et que l'innovation des « cognitiones extraordinariæ », n'avait encore pu complètement l'emporter sur les anciennes traditions.

Mais Dioclétien proclame le concours des Interdits avec toute « actio permissa, » L. 17, Cod. Empti, 4, 49, et, d'autre part, l'Interdit envahit le domaine des « extraordinaria judicia », L. 1, 2, 3, 4. « Cod. De Interd., 8, 1. L. 2, « Cod. Unde Vi », 8, 4, et vient s'identifier avec eux. La fusion du « Jus » et du « Judicium » et la disparition des cautions opère complètement l'unification des actions Possessoires.

Si l'Interdit avait si longtemps subsisté, ce fut sans doute grâce à l'élément pénal qui le dominait et qui demeura si longtemps dans les Interdits prohibitoires.

L'influence de la tradition sur ce point est même si grande que lorsque l'ancienne procédure a disparu, le terme technique est maintenu par un usage séculaire et Justinien même nous apprend que le décret du magistrat, dernière différence formelle avec les autres actions, qui avait toujours si obstinément subsisté, n'a plus besoin d'être rendu. Instit. De Interdictis IV, 15, § 8.

C. — Condictiones

D'autres actions complètent, d'ailleurs le système Possessoire, et Bruns qui les a particulièrement étudiées (Le Droit de Possession au Moyen-Age, les Actions Possessoires) les qualifie « lato sensu » d'actions Possessoires.

Ce sont les « condictiones ». Ainsi, concurremment avec l'« Unde vi », en vertu de la loi 205 R. J. qui pose le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, on a contre l'usurpateur une « condictio sine causa ».

Cette « condictio » peut même parfois concourir avec l'Interdit, se cumuler avec l'Interdit; si on l'a intentée la première, on peut au moyen de l'Interdit obtenir la partie pénale de la condamnation (arg. d'analog. L. 7, § 1, 13, 6, L. 32, § 2, 44, 7). Mais à l'inverse, si on a d'abord intenté l'Interdit, on ne saurait agir au moyen de la « condictio », car on a épuisé toutes les condamnations.

D'autre part la « condictio » a un caractère de généralité qui permet de l'intenter dans des cas où l'Interdit est impossible. Si on s'est laissé déposséder sans violence, en vertu d'une crainte chimérique par exemple, on n'a pas l'Interdit « Unde Vi », mais on a une « condictio sine causa ». (L. 2 « De cond. tritic., 13, 3. L. 25, pr. 1, « De furtis » 47, 2. L. 15, § 1. « De Cond. Indeb. » 12, 6. L. 19, § 2. « De precario » 43, 26.

D'autres actions encore concourent avec les Interdits comme nous aurons occasion de le constater, l'action « quod metus causa » L. 19, pr. « Quod met. caus. » 4, 2. L. 21, § 2 « Quod met. caus. » 4, 2.

La « restitutio in integrum » L. 23, § 2. « In quib. caus. maj. » 4, 6.

Mais ce ne sont pas là, à proprement parler, des Actions Possessoires, elles ne visent pas directement la Possession; elles protègent le patrimoine d'une façon

générale. Aussi ne seront-elles de notre part, l'objet d'aucune étude spéciale (1).

Division des Interdits

55. — Ulpien et Paul L. 1, 2. « De Interd. » 43, 1) nous donnent de nombreuses divisions des Interdits dont aucune ne repose sur une base essentielle.

Nous nous contenterons d'indiquer les divisions utiles pour classer nos Interdits Possessoires.

La grande division des Interdits en général est entre les Interdits de « Divinis rebus » et les Interdits de « Humanis rebus » et parmi ces derniers on distingue ceux qui se rapportent aux « Res publicæ » et ceux qui « ad rem familiarem spectant ».

Ces derniers se partagent en :

a. — « Interdicta prohibitoria, restitutoria, exhibitoria » ou mixtes. (L. 1, § 1. « De Interdictis »).

Cette division est la plus importante. Gaius la qualifie de « principalis » (IV. 142) et les « Institutes de summa ». La distinction des Interdits à ce point de vue, distinction tirée de la nature de l'ordre contenu dans l'Interdit, avait comme nous le verrons une grande importance pratique. Etaient prohibitoires en général les « Interd. retinendæ Possess. ; restitutoires » les « Interd. recuper. Possess. » ; les premiers sont les « Interdicta » par excellence ; les « restitutoria » et les « exhibitoria » formaient autrefois la catégorie des « decreta », Gaius, IV. 142.

b. — Les Interdits « adipiscendæ, retinendæ » ou « Recuperandæ possessionis » et les Interdits « tam recuperandæ quam adipiscendæ Possessionis. (2)

(Gaius, IV. 143. Paul. L. 2, § 3. « De Interd. », 43, 1).

c. — « Interdicta Simplicia et Duplicia ». Sont

(1) Bruns. Besitz im Mittelalter, p. 25 et suiv.; Besitzklagen, p. 185 et suiv. — Rudorff sur Savigny, p. 709, 710 et suiv.

(2) Le caractère de ces derniers n'a été déterminé que lors de la découverte du « Frag. Vindobonense » d'Ulpien par Endlicher en 1836.

doubles ceux dans lesquels chaque partie joue le rôle de demandeur et de défendeur, c'est-à-dire les Interdits dans lesquels la condamnation peut être prononcée aussi bien contre le demandeur que contre le défendeur. Sont doubles ordinairement les Interdits « Retinendæ Possessionis. Les Interdits simples forment la règle.

CHAPITRE III

PROCÉDURE DES INTERDITS

56. Originalité de cette procédure. Influence du système des « Legis Actiones ». — 57. Procédure « in Jure et in Judicio ». Erreur des anciens commentateurs. — 58. De l'ordonnance préalable et de la double phase de la procédure « in Jure ». — 59. Procédure « in Jure ». Quel magistrat doit être saisi ? — 60. Comment le Préteur est-il saisi ? — 61. Des diverses décisions que peut prendre le Préteur : 1° si l'on n'est pas dans les termes de l'Edit. — 62. 2° Si l'on est dans les termes de l'Edit. Délivrance de l'Interdit. — 63. Seconde phase de la procédure « in Jure ». Controverse sur ce point. — 64. Demande d'un « Arbitrium ». Qui le peut, dans quels cas, à quel moment ? — 65. Pourquoi cette différence entre les Interdits prohibitoires et les autres Interdits ? — 66. Procédure par « sponsiones ». Elles se concluent « in Jure ». — 67. Sont-elles nécessairement prêtées immédiatement après l'émission de l'Interdit ? — 68. Ce que sont les « sponsiones pœnales ». — 69. Pour les « Peregrins », une simple « Promissio » remplacera la « sponsio ». — 70. Du jeu des « sponsiones ». — 71. Du montant des « sponsiones ». — 72. Renvoi pour le cas où il s'agit de l' « Uti Possidetis » double. — 73. Renvoi des parties « in Judicio ». — 74. Observation générale sur le caractère de cette procédure. — 75. Voies de recours. De l' « Intercessio » sous la République. — 76. De l'appel sous les Empereurs.

56. — La procédure des Interdits est, comme nous l'avons remarqué, antérieure au système formulaire. Le Préteur, avons-nous dit, fut amené à les créer pour combler certaines lacunes du droit civil.

Dans le très ancien droit, alors qu'il n'était pas tenu par son « Edictum perpetuum », il statua d'abord sans esprit de système, à mesure que les cas se présentaient isolément.

Quand l'application des Interdits à la Possession fut érigée en système, leur procédure se calqua naturellement sur celle des « Legis actiones » alors en vigueur. Probablement, le Préteur procéda par analogie avec la Revendication, où nous trouvons une exécution par la force publique et un « arbitrium de Re restituenda ». Si donc le Préteur, après examen des faits, s'était décidé à lancer un Interdit, la partie qui contrevenait à cet ordre, qui bravait l' « imperium »

du magistrat était contrainte à l'obéissance; peut-être aussi, mais ceci est contesté (Bourcart (1), p. 24, note 4) le demandeur pouvait-il engager un « arbitrium ».

Quoi qu'il en soit, sous le système formulaire et à l'époque classique, les Interdits nous apparaissent avec un caractère d'incontestable originalité; c'est une institution ayant gardé un reflet, une image du passé, absolument à part.

La procédure des Interdits ne nous est bien connue que depuis la découverte des « Institutes » de Gaius, qui ont jeté sur cette matière un jour tout à fait inattendu. Toutefois, malgré les ingénieuses restitutions dont le manuscrit a été l'objet, et surtout de la part de Studemund, le texte présente encore de graves lacunes qui jettent de l'obscurité sur certains détails.

57. — Nos anciens auteurs s'étaient fait sur ce point spécial les idées les plus fausses, comme sur la nature même des Interdits, ainsi que nous avons eu occasion de le remarquer. Cujas dans ses Commentaires sur le Code (tome 9, ch. 1137) et Pothier ne distinguaient même point les deux phases de la procédure « in jure et in judicio »; ils pensaient que le magistrat statuait ici lui-même, sans intervention d'un juge, et qu'il n'y avait lieu à constituer le « Judicium » que pour le débat sur la propriété.

Vinnius seul semble avoir mieux distingué les règles véritables de la matière, lui qui reproche énergiquement à Cujas d'argumenter sur ce point de la paraphrase de Théophile, car, dit-il : « Toto judicio fallitur Theophilus ».

Certains textes, d'ailleurs en dehors des Institutes de Gaius, sont de nature à faire apercevoir cette distinction capitale.

L. 1 § 2. Si Ventr. nom. 25, 5 (Ulpien) « Coget Prætor decedere, non prætoria potestate, vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet si eum *per interdictum ad jus ordinarium remiserit.* »

Ce texte à lui seul serait décisif pour nous montrer

(1) Bourcart. Actions Possessoires, Paris, Pedone-Lauriel, 1880.

que l'Interdit est simplement un moyen de créer une action, que le Préteur au moyen de l'Interdit dont l'effet est de créer une base juridique d'action, de constituer un droit pour celui qui l'obtient, va renvoyer les plaideurs au « jus ordinarium ».

Ceci est confirmé par un texte de Paul, Sent. V, 6, 10, qui nous dit que *de l'Interdit dérive une action* (Comp. Cic. « Pro Cœcina, 8 in fine). « Redditur Interdicti actio quæ proponitur ex eo » et ailleurs IV, 7, 6, que l'Interdit étant rendu on peut agir dans l'année « Edicto perpetuo cavetur ut si tabulæ testamenti non appareant, *de earum exhibitione interdicto reddito intra annum agi possit,* quo ad exhibendum compellitur qui supprimit. »

Notre démonstration est complétée jusqu'à l'évidence par les textes suivants. L. 15, § 7. « Quod vi aut clam, 43, 24. (Ulpien). Hoc Interdicto tanti lis æstimatur quanti actoris interest id opus factum esse. *Officio autem judicis* ita oportere fieri restitutionem..... L. 21 pr. quod vi aut clam 43, 24 (Pomponius). « Si opus quod quis jussus est *a judice, qui ex hoc Interdicto sumptus esset,* restituere..... L. 1, § 41 De Vi 43, 16.. « litem a judice æstimari debere (1).

58. — Ces textes et principalement ceux de Paul nous montrent ce qu'est l'Interdit. Tantôt ce terme exprime toute la procédure « in jure »; tantôt et plus spécialement il ne s'applique qu'à l'ordonnance préalable, ordonnance d'après nous simplement comminatoire, qui sert pour ainsi dire à *causer* le procès, dans lequel la question soumise au juge sera simplement de savoir s'il y a « vis contra Prœtoris edictum (c'est-à-dire Interdictum). C'est là un point de vue de la plus haute importance et qui ne semble pas avoir été mis assez en lumière par les commentateurs.

Nous pensons au contraire d'après les textes de Paul cités plus haut (2), d'après ce passage très net de Cicéron « Pro Cœcina », 13, 14, « est actio per Interdictum

(1) Voir aussi Gaius 166-170.

(2) Voyez pour l'Uti Possidetis. Paul Sent. V, 6, 1.

constituta » que jusqu'à une époque très avancée il y eut deux phases très distinctes de la Procédure devant le Préteur, et que l'Interdit dut être rendu pour chaque affaire spécialement et non pas la formule d'action demandée simplement en vertu de l'Edit.

Nous tirerons de cette manière de voir (1) les conséquences les plus importantes.

Remarquons seulement ici qu'elle est des plus équitables ; le juge avant tout procès ordonne aux parties de rentrer dans la règle des Possessions. Ce n'est qu'en désobéissant à cet ordre que la partie en faute commet *la lésion*, s'expose à une action délictuelle.

La nécessité de cette ordonnance préalable et comminatoire explique donc le caractère délictuel de l' « Actio ex Interdicto » ; elle explique qu'on ne se préoccupe que du tort causé après l'Interdit, elle met en lumière l'utilité pratique considérable des Interdits et justifie la persistance de cette procédure originale.

Ceci posé, qu'on dise en argumentant du « principaliter » de Gaius IV. 139, que le Préteur interpose son autorité principalement comme le pensent Bethman Holweg et Machelard, ou ce qui nous paraît préférable, au commencement, au début de l'instance « in principio litis » avec Muhlenbruck (Heinecc. antiq. p. 725, note c.); cela en somme importe peu et ne modifie pas la nature de l'Interdit, surtout en matière possessoire.

Nous allons examiner successivement les deux évolutions de la procédure « in Jure et « in Judicio. Nous verrons qu'en ce qui concerne le « Judicium » elle fut assimilée à la procédure ordinaire. Nous trouverons au contraire devant le Préteur deux phases bien distinctes, sinon deux comparutions et deux débats successifs : nous verrons la prestation des « sponsiones pénales » spéciales à la procédure par Interdits et qui avec l'ordonnance préalable en constituent le caractère particulier.

(1) Elle est encore confirmée par le passage des « Institutes » où Justinien nous dit que l'émission de l'Interdit persista jusqu'au Bas-Empire, comme simple particularite formelle il est vrai.

59. — Procédure « in Jure ». — Quel magistrat doit être saisi ?

Anciennement la cause était portée naturellement devant les Préteurs et les Proconsuls « Prætor aut proconsul » disent les textes à plusieurs reprises. Gaius IV, 139. « Quid du Præfectus Urbi? Ulpien L. 1, § 6. » « De Offic. præfect. Urb. » 1, 12, nous apprend qu'on peut aller devant lui pour demander l'Interdit « quod vi aut clam » ou l'Interdit « Unde Vi ».

Pourquoi cette compétence spéciale et qui paraît limitative? Il importe de remarquer que le « præfectus Urbi » avait été créé par suite des guerres civiles pour maintenir la sûreté de la ville (Tacite, Annal. VI, 10, 11) et sa juridiction était purement criminelle sur le territoire de Rome et 100 milles à l'entour, avec le droit d'infliger des peines jusqu'à la déportation (Voir « de Offic. præf. Urb. » 1, 12 et loi 3, § 1, eod. tit.).

Peut-être ne statuait-il ici qu'accessoirement à une poursuite criminelle.

Peut-être aussi par évocation, car nous savons par un texte de Paul que déjà il avait au troisième siècle la juridiction civile et formait un tribunal d'appel pour les autres magistrats de la ville, y compris le Préteur. Paul, L. 38 « de Minoribus » 4, 4. « Adde Suetone Octave, » 33.

Dans les provinces, les constitutions impériales attribuèrent compétence au « Rector ou Præses provinciæ », L. 1, 2 « cod. de Interdict. », 8, 1. L. 2, « Cod. Quor. Bonor. », 8, 2. L « Unie. Cod. Uti Possid. » 8, 6. L. 23, « Cod. de liber. Exhib. », 8, 8.

D'ailleurs le « Præses » n'avait compétence même en ce qui concernait les Interdits que sur ses administrés. L. 2, Cod. de Interd., 8, 1. « Prœses provinciæ in eum qui ejusdem provinciæ non est, nec ex Interdicto potest cognoscere. »

Mais une loi d' « Honorius et d'Arcadius » défendit de porter devant les présidents les causes de peu d'importance, notamment l' « Interdit momentariæ Possessionis ». L. 8, Cod. Théod. de Jurisd. (2, 1,) cfr. L. 8,

cod. « Unde Vi, » 8, 4. Devant quelle juridiction fallut-il alors agir? La question est des plus obscures. Devant les magistrats municipaux, dit M. Machelard: ils ont la « jurisdictio », le droit d'organiser un « jus ordinarium », par suite ils peuvent connaître des Interdits.

Mais il est inexact de dire que tous les magistrats municipaux ont la « jurisdictio ». L. 8, § 1, Cod « Théod. de Donationibus, 8, 12, cfr., L. 2 « de magistr. municipal. » 1, 56.

Nous inclinons donc à penser que ce fut devant les « pedanei judices » (1) qu'on porta les Actions Possessoires devant ces délégués des Præsides, juges inférieurs qui apparaissent après la réforme de Dioclétien et la suppression de l'ancienne procédure. (Arg. de la L. 5 Cod. « de Pedaneis judicibus 3, 3. Pedaneos judices, hoc est qui negotia humiliora disceptant (2).

Comment le Prêteur est-il saisi ?

60. — Le Préteur est saisi par une « vocatio in jus » d'après les règles ordinaires, « vocatio in jus » émanant du demandeur ou de son procureur. Je dis, ou de son procureur; en effet, la loi 32 § 2 « De procur. » 3, 3 indique à quelles conditions un procureur peut obtenir soit une Action, soit un Interdit et la loi 62 établit qu'il n'est pas besoin que le procureur ait un mandat spécial.

Le défendeur peut lui aussi plaider par procureur. L. 39 pr. « De procur. » 3, 3. L. 3 § 4. « De homin. lib. exhib. » 43, 29.

Il est donc nécessaire que les parties soient présentes par elles-mêmes ou par la personne de leurs procureurs; il faut qu'il y ait débat contradictoire. Théophile

(1) Il serait inexact d'ailleurs, de confondre les magistrats municipaux avec les « judices Pedanei ». Loi de Valentinien Ier et Valens, L. 2, Cod. Théod. « de Reparationibus appellationum » 11, 31.

(2) Voir sur ces « Pedanei judices et leurs attributions: Bethman Hollweg. « Der. Römische civilprozess », tom III, § 140. Comp. Loi de Julien. Recueil d'Haenel. « Corpus legum » p. 212.

IV, 15 pr. le dit expressément et on peut l'induire de Gaius 164, 165 qui suppose bien que tout se passe devant l'adversaire puisqu'il déclare que celui-ci sera déchu du droit de plaider par « arbitrium et sine pœna » s'il ne demande l'arbitrium « antequam ex jure ierit (1) ».

Des diverses Décisions que peut prendre le Préteur

61. — Après un débat contradictoire sommaire, mais sans « cognitio causæ », sans instruction sur le fond, le magistrat délivre ou refuse l'Interdit.

Pas de difficulté d'abord si l'on n'est pas dans les termes de l'Edit, Le Préteur refuse l'ordonnance. Il s'agit par exemple d'un « colonus » qui demande la protection de l' « Uti Possidetis ». Ou bien si l'on est dans la lettre de l'Edit, on n'est pas dans son esprit et nous en trouvons une espèce L. 1, § 7. « De fluminib. et ne quid in flum. public. » 43, 13. Le fleuve a quitté son lit pour se frayer un autre cours, ce qui pourra être fait dans l'ancien lit ou sur les rives ne donnera pas lieu à l'Interdit (Adde Cic. Ad familiares VII, 13. L. 1, § 3, L. 7, § 3. « Quod vi aut clam » 43, 24 où l'on voit que le Préteur refuse l'Interdit lorsque d'ores et déjà la prétention du demandeur doit être considérée comme inadmissible).

Mais si nous supposons que bien que le cas ne soit, pas prévu par l'Edit, le Préteur pense qu'il y aurait grande utilité à introduire un nouvel Interdit, le peut-il ? On a objecté que la loi Cornelia (687) qui défendait au Préteur de modifier son Edit dans le courant de sa magistrature devait faire décider la négative.

Mais c'est méconnaître la nature et l'étendue du pouvoir réglementaire du Préteur.

(1) On pourrait ajouter L. 3, § 14. « De homin. liber exhib. » 43, 29, qui établit au cas d'absence de la partie un envoi en possession. Mais le texte est-il spécial à l'Interdit « De homine libero exhibendo ? Ceci est controversé. D'après Maynz il est spécial, d'après Machelard il est général. Nous retrouverons cette question sur l' « Uti Possidetis » à propos de l' « Interd. secundarium » donné quand l'une des parties se dérobe, Gaius, IV. 140.

Quel fut, en effet, le but de la loi Cornelia? Asconius « in Arg. Cornel. » nous l'indique : « Lex Cornelia sanxit, ut prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent, quæ res tum gratiam ambitiosis prætoribus, qui varie jus dicere assueverant, sustulit. » V. Dion Cassius 36, 38.

La loi Cornelia avait donc pour but d'empêcher les Préteurs ambitieux de statuer diversement *dans des hypothèses identiques;* elle leur ordonnait de s'en tenir à la solution de leur édit perpétuel et de ne plus rendre des services au lieu d'ordonnances.

Mais telle n'est pas notre espèce et si l'on doit évidemment reconnaître que le Préteur ne peut donner d'Interdit *contre* les termes de son Edit, comme certains Préteurs le faisaient par un abus que réprime la loi Cornelia, il peut, et c'est là ce que l'on ne saurait lui refuser sans dire qu'en cas de lacune de l'Edit, il sera réduit à l'impuissance, il peut, dis-je, accorder l'extension d'un Interdit ancien à un cas nouveau, créer un Interdit utile (et c'est ainsi qu'il fera pour les servitudes) ou même une action nouvelle « in factum ». L. 15 « ad Exhib » 12, 4 Labéon, L. 9, § 1. « De damno infecto ».

Et contrairement à M. Machelard, nous pensons qu'il le peut sans « cognitio causæ », sans instruction véritable, en insérant purement et simplement dans la formule une clause conditionnelle qui sera reproduite dans la formule d'action sur laquelle statuera le juge. Car il n'est exigé de « cognitio causæ » qu'aux cas prévus par la L. 3, § 4. « De liber exhib. » 43, 30 et L. 40 pr. de Procur. 3, 3, et ce qui motive une « cognitio causæ » dans ces dernier cas, c'est qu'il y a une série de questions préjudicielles à examiner : la moralité du Procureur, la moralité des parties litigantes, ou qu'il faut rérégler provisoirement la garde des enfants (L. 3, § 6 « De liber. exhib., 43, 30) ou faire une appréciation (L. 3, § 12 « De Homine liber. exhib. » 43, 29) de celui qui offre le plus de garanties.

Il n'y avait pas lieu non plus à la délivrance de l'Interdit, bien qu'on fût dans les termes de l'Edit, si le

demandeur déferait le serment à son adversaire (ce qu'il pouvait faire en toutes matières d'après la loi 3, § 1, « De Jurej., » 12, 2) et que le défendeur le prêtât.

Si ce dernier, au lieu de le prêter, ne le référait pas et refusait de jurer « L. 38 « De Jurejur », 12, 2) on le considérait comme ayant avoué et l'on rentrait dans l'hypothèse examinée plus bas.

62. — Supposons maintenant que l'Interdit est demandé conformément aux prescriptions de l'Edit.

Deux résultats sont possibles :

A. — La partie citée avoue spontanément les faits allégués.

L'ordonnance étant purement comminatoire n'a pas besoin d'être rendue. Mais il intervient un décret d'exécution. « Confessus in jure pro judicato habetur. » Le magistrat décide comme s'il s'agissait de l'exécution d'une sentence. Voir L. 6, § 2. « de Confessis » 42, 2... « Dabitur igitur ex his Actionibus (civilibus vel honorariis, vel Interdictis exhibitoriis, vel restitutoriis, vel prohibitoriis) ex quibus dies datur ad restituendam rem, confesso tempus ad restituendum, et si non restituatur, lis æstimabitur. »

Ceci est confirmé par loi 1, § 1. « De tabul. exhib. 43, 5. »

B. — Le défendeur conteste les prétentions du Demandeur, soit en déniant dans sa personne les conditions requises pour l'obtention de l'Interdit (il s'agit par exemple dans l'Interdit « Quorum Bonorum » de la qualité du demandeur) soit les faits même allégués par le demandeur (trouble ou dépossession), ou bien annonce son intention d'opposer des soutiens contraires (caractère vicieux de la Possession de l'adversaire, prescription annale).

Dans ce cas, il y aura lieu à la délivrance de l'Interdit.

La formule de l'Interdit est d'ordinaire calquée sur l'Edit « Est actio per Interdictum constituta ».

Mais elle peut se modifier ou se compliquer à raison de circonstances particulières.

Si l'Interdit est un Interdit utile, il y a lieu évidem-

ment de modifier la formule qui ne s'applique qu'à la propriété.

Quelquefois le demandeur sollicite une restitution « in integrum » par exemple (L. 1, § 9, « de Itiner. actuque » 43, 19, Ulpien), l'inondation l'a empêché d'exercer la servitude de passage qu'il réclame dans les délais légaux. Ulpien admet que le Préteur pourra alors donner l'Interdit « repetita die ».

Y aura-t-il, comme le prétend M. Machelard, une « causæ cognitio »? Cela ne nous parait aucunement nécessaire. Le point de savoir si le motif allégué existe en fait est réservé à l'examen subséquent du juge. Le Prêteur n'instruit pas; il apprécie en vertu de cette clause générale de l'Edit : « Si qua mihi justa causa esse videbitur », indiquée par Ulpien dans la loi précédente.

De même, l'ordonnance peut mentionner des exceptions opposées par le défendeur.

Parmi ces exceptions, certaines sont inhérentes à l'Interdit, L. 1 § 5. « Uti Possid. », 43, 17. Elles sont prévues par l'Edit « perpetuo insunt ».

D'autres ont besoin d'être demandées. Ici encore, nous le répétons, pas de « cognitio causæ »; s'agit-il d'une exception pétitoire, le magistrat la rejette sans difficulté. S'agit-il d'une exception d'une autre nature qui devrait, si elle se trouve vérifiée en fait, entraîner le triomphe du défendeur, le Préteur doit l'insérer. Par exemple l' « exceptio pacti conventi » L. 1 § 10 « De oper nov. nunt. » 39, 1, l'exception « rei judicatæ » L. 1, § 4 « De liber. exhib. » 43, 30. Le Préteur d'ailleurs a le droit le plus large d'apprécier en droit et en équité, L. 1, § 6 « Ne quid in flum. public » 43, 13 in fine : « Hoc jure utimur », dit Ulpien, « ut prætor ex causa æstimet an hanc exceptionem dare debeat ».

Le magistrat pouvait donc avoir à résoudre des questions délicates; mais aucune instruction n'était nécessaire. Nous pensons donc qu'il est superflu de se demander s'il y avait lieu a un « vadimonium »; il nous semble que tout dans cette première phase de la procédure pouvait se faire sans désemparer. (En ce sens Zimmern § 71. Contra: Machelard, p. 13, qui se

fonde sur un texte général de Gaius IV, 184 et qui estime qu'il peut y avoir « cognitio causœ » c'est-à-dire Instruction compliquée).

Seconde phase de la procédure « in jure »

63. — Nous avons constaté dans quels cas l'Interdit pouvait être délivré ; nous avons vu ce que doit contenir l'ordonnance du magistrat.

Le défendeur se trouve alors sous le coup de l'ordre du magistrat ; il doit prendre parti, obéir ou résister.

Certains soutiennent qu'à l'époque classique non pas seulement une double comparution mais une double procédure ne sauraient se concevoir ; ceci, disent-ils, disparut quand l'Edit fut devenu perpétuel et dans une seule procédure le Préteur délivra simplement une formule d'action « ex edicto » et nomma un « Judex » ou des « Recuperatores ».

Nous nous sommes déjà élevés contre cette théorie généralement acceptée, en nous basant sur des textes formels des Sentences de Paul et des « Orationes » de Cicéron.

Ce premier décret, avons-nous, dit n'était que comminatoire et subsista même après la réforme de Dioclétien (§ 8, Instit. « De Interdictis » IV. 15).

Si la partie défenderesse se décide à résister il va y avoir lieu de continuer la procédure.

64. — Et alors deux genres d'action sont possibles. A. Gaius nous indique IV, 141 et 162 et suiv. qu'on peut procéder « cum pœna et periculo » ou bien « sine pœna. Dans le dernier cas on demande un « arbitrium » une formule arbitraire sur laquelle le juge ne condamne qu'à défaut de restitution ou d'exhibition. Mais cette faculté n'était donnée que dans le cas des Interdits restitutoires et exhibitoires et il fallait de plus exercer l'option, ainsi que Gaius nous l'apprend avant de sortir « ex jure » c'est-à-dire évidemment avant que les « sponsiones » n'eussent été prêtées sur la mise en demeure du magistrat, car il y avait alors droit acquis pour l'autre partie.

Nous pensons avec M. Machelard p. 15, 16, que le droit de demander l'arbitrium était accordé à la fois au demandeur et au défendeur. Gaius sans doute suppose que c'est le défendeur qui le réclame. mais le § 163 « in fine » indique aussi que le demandeur peut agir « sine pœna » à moins qu'on ne lui oppose le « judicium calumniæ » et le § 181 indique que si l'on procède par « sponsionem », il n'y a pas lieu à « judicium calumniæ ». Le rapprochement de ces deux textes indique que le demandeur peut demander « l'arbitrium », qu'il échappera ainsi à la « pœna » des « sponsiones » et non à la « pœna » du « judicium calumniæ » (1).

65. — Quant à donner une explication satisfaisante de la différence qui a été faite entre les Interdits prohibitoires et les Interdits restitutoires, cela nous paraît impossible. Aussi repoussons-nous les théories diverses de Zimmern, Keller, Maynz. Dans tout Interdit la situation d'après nous est la même; il y a désobéissance à l'ordre du magistrat ; quant à ce qui est de l'immoralité de la résistance elle peut être bien plus grande au cas de « dejectio » qu'au cas de controverse de bonne foi sur la Possession d'un fonds (Ortolan, Tom. III, n° 2328 note 4).

66. — B. Si l'on ne demande pas « l'arbitrum », au cas d'Interdit restitutoire ou exhibitoire ou s'il s'agit d'un Interdit prohibitoire, il y aura lieu à la prestation de « sponsiones pœnales ».

Les « sponsiones » se prêtent devant le Préteur, cela est certain ; nos textes le disent à maintes reprises et Cicéron nous montre sans aucun doute possible que ce n'est que plus tard qu'il y a lieu de nommer un juge. Cic. « In Verrem » II, 3, 58 « in fine » « Facta est sponsio II S quinque millium Cæpit Scandilius recuperatores aut judicem postulare (2).

67. — Les « sponsiones » sont-elles nécessairement prêtées de suite? En d'autres termes, y a-t-il deux com-

(1) Sur le « judicium calumniæ » voir Gaius 175.

(2) C'est donc par une erreur évidente que M. Bourcart fait prêter les « sponsiones *in Judicio* », p 24 et passim.

parutions successives devant le Préteur et un délai entre les deux comparutions?

Certains auteurs l'ont prétendu. (Schmidt, p. 54 et suiv., p. 249). Un ordre de s'abstenir ne saurait, d'après eux, être enfreint que dans l'avenir et les « sponsiones » ne sauraient être conclues de suite, sans quoi il n'y aurait pas de trouble postérieur, pas de « vis contra Prætoris Edictum ».

Cette manière de voir peut s'appuyer sur la loi 4, § 2. « De hom. lib. exhibendo » 43, 29. Si, dit-on, aucun délai n'est accordé pour cet Interdit spécial, cela ne veut-il pas dire qu'en règle générale il y aura un délai? Un passage des Sentences de Paul IV, 7, 6, nous montre aussi que, « interdicto reddito », on a la faculté d'agir pendant une année dans l'Interdit « De Tabulis exhibendis. » Cela ne prouve-t-il pas que le défendeur aura un délai pour obéir à l'injonction du magistrat?

Cette manière de voir est exacte en ce sens que le défendeur peut bien solliciter un délai pour réfléchir et que le demandeur peut attendre quelque temps avant de profiter de l'ordonnance qu'il a obtenue. Mais si le demandeur insiste pour suivre sur la procédure et que le défendeur, sans solliciter un délai moral, déclare d'ores et déjà qu'il persiste dans sa résistance, que l'ordre conditionnel du Préteur ne saurait l'atteindre, quel motif en raison y aurait-il pour différer? Comme nous le verrons, la « vis contra Prætoris Edictum » ne consiste pas nécessairement, surtout pour l' « Uti Possidetis », en un fait matériel; elle peut être toute morale; la résistance passive est suffisante pour la constituer.

Nous concluons donc que la prestation des « sponsiones Pœnales » pourra aussi bien avoir lieu sans désemparer dès que l'Interdit a été rendu, qu'après l'expiration du délai concédé par le Préteur au défendeur ou après la mise en demeure que ferait le demandeur après avoir laissé quelque temps dormir l'Interdit.

Des « Sponsiones Pœnales »

68. — Gaius IV. 165 nous montre comment les « sponsiones » sont prêtées « Nam actor provocat adversarium sponsione, si contra edictum prætoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. Deinde actor quidem formulam sponsionis edit adversario; ille huic invincem restipulationis; sed actor sponsionis formulæ subjicit et aliud judicium de re restituenda vel exhibenda ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur... »

C'est là un héritage certain des « legis actiones » où l'on intentait au moyen d'une gageure l' « actio sacramenti (voir Gaius IV. 16). La sponsio n'est autre chose que cette ancienne gageure du « sacramentum », mais elle est affranchie du dépôt réel de l'enjeu et réduite au simple engagement verbal avec la garantie d'un autre citoyen; elle sert à établir le lien obligatoire qui soumet les parties au « Judicium » (Gaius IV. 13, 14, 15, 16).

Cette manière d'introduire l'instance faisait jadis accorder le montant des « sponsiones » au Trésor public. Mais la « sponsio » se présente dans notre espèce avec le caractère particulier de n'être pas seulement préjudicielle, mais encore pénale puisqu'elle n'est pas acquise à l' « Ærarium » mais à celui qui gagne son procès indépendamment de toutes autres condamnations ou restitutions qui peuvent être prononcées à son avantage.

C'est ce qui fait dire à Gaius que dans ce cas la procédure est « cum pœna et periculo » IV. 167.

69. — Une remarque très importante à faire, bien que Gaius ne fasse pas de distinction, c'est que les « sponsiones » de par leur origine, étaient un contrat essentiellement romain.

On peut donc se demander si les étrangers pourront introduire une Action « ex Interdicto », au moins dans le cas d'un Interdit prohibitoire et si cette exigence

de forme ne va pas faire que les Interdits puissent leur être refusés.

Mais il faut répondre qu'une « promissio » équivalente serait tout aussi efficace. En effet d'après la loi 7. « De verbor. signif. » 50, 16, le mot « sponsio » devint un terme générique comprenant toute stipulation, quelle que fût la formule dont on faisait usage « sponsio appellatur, non solum quæ per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque » (1).

70. — Ceci posé, voyons le jeu des Sponsiones. Le demandeur conclut contre son adversaires (edit) une formule de « sponsio », après l'avoir provoqué aux sponsions.

Le demandeur doit de plus insérer dans sa formule un « judicium de re restituenda » de telle sorte que, s'il l'emporte sur la « sponsio », il obtienne restitution ou exhibition et à défaut condamnation pécuniaire.

Telles étaient les règles pour les Interdits prohibitoires et restitutoires; l'Interdit « Uti Possid. » qui contenait l'élément pénal développé à un plus haut point offrait, quand il était double plus de complications, comme nous le verrons par la suite.

Nous pouvons d'ailleurs constater que toutes les condamnations dans tous les Interdits résultent par voie de conséquencé du jugement rendu sur la gageure. Aussi, donne-t-on à ces procédures subséquentes le nom de « judicia secutoria ».

Sur les sponsiones (« comp. Cic. pro Tullio », 53, Gaius, 166-170) la procédure était donc analogue à celle qui avait été suivie dans la revendication avant la création de la « petitoria formula »: d'abord « judicium strictum » sur la gageure, ensuite, le cas échéant, « arbitrium de re restituenda (comp. Molitor, p. 114).

71. — Un dernier point sur les sponsiones reste à éclaircir :

Quel pouvait en être le montant? Qu'elles pûssent être supérieures au préjudice réel, cela nous parait évi-

(1) De même la « sponsio » en tant que cautionnement, forme ancienne, reste accessible aux seuls citoyens Romains et la « fidepromissio » seule peut être employée par les Pérégrins (Arg. Gaius III, 93, 116).

dent et c'est à tort selon nous que quelques-uns se fondent pour prétendre qu'elles sont fixées par la loi au montant même de ce préjudice, sur la L. 1, pr. 43, 17 « neque pluris, quam quanti res erit... agere permittum ».

C'est là un texte qui d'après nous s'applique au « judicium Cascellianum ou secutorium ».

Les « sponsiones », en effet, ont un caractère pénal; elles sont acquises en dehors et sans préjudice de toute réparation ou restitution qui pourra couvrir le dommage réel. Il ne paraît pas qu'elles pûssent être à l'arbitraire des parties ; peut-être étaient-elles fixes; plus vraisemblablement doit-on admettre qu'elles étaient graduées par le Préteur qui en fixait la quotité selon l'importance du litige et la diversité des espèces qui lui étaient soumises. Quoi qu'il en soit, on est réduit à la conjecture en l'absence de toute indication de nos sources sur ce point.

72. — Après la conclusion des « sponsiones » et s'il y avait lieu, comme dans l'« Uti Possidetis » au cas de duplicité (voir « infra »), après l'adjudication provisoire de la jouissance et des fruits, en un mot après le règlement de toutes les questions préjudicielles ou intérimaires, le magistrat délivrait les diverses formules et nommait le « Judex » ou les « Recuperatores » qui devaient instruire sur l'affaire.

Dans quel cas y avait-il nomination d'un juge? dans quels cas nomination de recupérateurs? C'est là un point difficile à résoudre en l'absence de textes. Peut-être était-ce à la discrétion du Préteur. (Voir Cic. « In Verrem » II, 3, 58 in fine. « Cœpit Scandilius *Recuperatores aut Judicem* postulare ».

73.— Alors était constitué un « judicium ordinarium » (Cic. pro Cœcina 8 in fine, 13, 14. « Est actio per interdictum constituta »). Aussi, quant à cette partie de la procédure, à l'administration des preuves, aux questions de forme, nous n'avons pas à relever de règle spéciale aux Interdits. Nous verrons seulement, à propos de chaque Interdit, les condamnations qui peuvent intervenir. C'est là une question de fond autant que de forme.

74. — Toute notre procédure est donc caractérisée : 1° par l'Interdit; 2° par les « sponsiones ».

L'Interdit n'est qu'un ordre ; il ne fait pas droit entre les parties ; le demandeur obéit ou n'obéit pas; le Préteur ne saurait l'y contraindre directement ; mais en vertu de son « Imperium », il peut le contraindre à prêter les « sponsiones » qui serviront de base à toute une procédure dans la forme ordinaire.

Et si le défendeur se refuse à prêter les « sponsiones »? La question est difficile en l'absence de texte. Gaius, à propos de l'« Uti possidetis », nous montre que le Préteur avait remédié à une pareille résistance. Mais les lacunes du texte nous empêchent de savoir au juste comment. Nous pensons qu'il employait le mode énergique de la « missio in possessionem » des biens du défendeur. C'est ce que nous essaierons de démontrer en expliquant le paragraphe 170 de Gaius.

De l'Appel en matière d'Interdits

75. — Avant l'Introduction de l'Appel dans la procédure avec les réformes impériales, il semblerait au premier abord difficile de penser que l'ordonnance émanant d'un magistrat souverain ne fût pas en dernier ressort, sans recours aucun.

Mais il faut remarquer qu'en principe l'administration de la justice appartenait aux consuls comme aux Préteurs (Tite-Live III, 55), bien qu'ils eussent perdu en fait cette administration à la création de la Préture. Mais cela est si vrai qu'à leur sortie de charge, quand ils avaient l'administration de leur province, comme proconsuls, ils avaient un « Imperium » et une « Jurisdictio » semblable à ceux du Préteur.

D'ailleurs les consuls en vertu du droit d'Intercession qui leur appartenait vis-à-vis de tout magistrat pouvaient empêcher l'exécution des décrets du Préteur dont en somme le pouvoir était considéré comme moindre « imperium minus ». Voir Cic. Ad Attic. IX, 9. Aulu-Gelle, XIII, 15 et Valère-Maxime, II, 8, 2.

Sans doute, ils le faisaient rarement, mais il en est

des exemples. Valère Maxime VII, 7, 6. « Appellatus Mamercus a Surdino, cujus libertus Genucium heredem fecerat, prætoriam jurisdictionem abrogavit. » Comp. Tite-Live, XLII, 9; Plutarque, Marius 38.

Ils le faisaient sans doute au cas de scandale judiciaire ou de véritable déni de justice. Le consul se fût interposé, je pense, si par exemple avant la loi Cornélia, un Préteur eût refusé un Interdit malgré les termes formels de son « Edictum perpetuum ».

Mais la procédure « in jure » seule peut être frappée par l' « intercessio » d'un magistrat pair ou plus élevé, comme les Consuls, un tribun (1).

Quant au « judicium », il est sans recours en vertu de ce principe que la sentence a pour base et point de départ la soumission libre et volontaire des parties.

76. — Sous les Empereurs, l'efficacité de l'appel devient bien plus grande, puisque le magistrat supérieur peut, après avoir infirmé le jugement qui lui est déféré, le remplacer par une autre sentence.

Aussi voyons-nous l'appel comme une institution d'une très grande importance pratique dès l'époque des grands jurisconsultes.

Le « Præfectus Urbi » forme une instance d'appel vis à vis tous les magistrats de la ville, y compris le Préteur (Paul, L. 38, « de Minoribus » 4, 4) et Ulpien, L. 1, § 6, « de Offic. Præfect. Urbi », nous apprend même qu'on peut directement aller devant lui pour l'Interdit « Quod vi aut clam » et l'Interdit « de Vi ».

En tout cas, un dernier recours à l'empereur est toujours ouvert, car il a la plenitude de « l'imperium » et l'on peut, en général appeler d'un juge délégué à celui qui l'a délégué (Tacite, Annales XV, 28 Suetone Octav. 33, Néron, 17. L. 21 pr. de Appellation. 49, 1. L. 1, pr. L. 3, « Quis et a quo appellatur », 49, 3).

Quand le « Rector provinciæ » cessa de juger les Interdits (L. 8, cod. « Théod. de Jurisdict », 2, 1), il semble bien que c'est devant lui pourtant qu'on dut por-

(1) On peut voir Cic. « Pro domo sua » (Argumentum de la traduction Nisard), un cas d'intercession d'un tribun contre la décision des Pontifes restituant à Cicéron sa maison.

ter l'appel des Interdits, notamment de l'Interdit « Momentariæ Possessionis » et que la loi 8 ne doit pas s'entendre en ce sens que tout appel eût été impossible.

Au reste cette question de l'appel des Interdits est difficile.

La L. 22, cod. Théod. Quor. appellat., 11, 36, qui proscrivait l'appel au sujet de l'Interdit « Quorum Bonor » est isolée et n'a pas été reproduite par Justinien.

Quant à l'effet de l'appel et le point de savoir s'il est suspensif, on trouve des contradictions.

Une loi de Valens, Gratien, Valentinien, L. 5, cod. « Quor. appellat. non recip. » 7, 65, parlant de l'appel d'une sentence « de Possessione » déclare que cet appel produit un effet suspensif.

Pour l'Interdit « Momentariæ Possessionis » au contraire on introduisit cette règle que l'appel n'est pas suspensif, à cause de la célérité requise par ces sortes d'affaires et de la nécessité de régler au moins provisoirement le conflit. C'est ce que dit la L. 1 cod. « Si de momentanea Possessione fuerit appellatum 7, 69. Cum de Possessione et momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortitur effectum ».

Mais l'effet suspensif est proclamé par la loi 3, cod. « de appellationibus », 7, 60.

Enfin une constitution de Zénon reconnaît aussi l'effet suspensif. L. 12, § 7, « de Ædificiis privatis », 8, 10, code. Nous y voyons l'empereur déplorer la fatale interruption des travaux de reconstruction des maisons détruites par l'ennemi, interruption causée par les délais de l'Instance sur la Possession des terrains et les délais d'appel.

Et au lieu de supprimer l'effet suspensif, il établit un mode rapide de vider l'appel et d'abréger les délais de procédure.

Par la loi 13-8, 10, Justinien confirme la décision de Zénon, mais en empruntant ainsi pêle-mêle aux diverses constitutions, on voit qu'il est loin d'avoir posé les bases d'une théorie certaine (1).

(1) Peut-être comme Schmidt le prétend. p. 339, la loi 1, cod. « Si de

CHAPITRE IV

DES INTERDITS « RETINENDÆ POSSESSIONIS »

§ 1er. *De l'« Uti Possidetis »*.—77. Généralités. Remarque à propos des règles communes avec l' « Utrubi ». — 78. De la formule de l'Interdit. Des biens auxquels il s'applique. — 79. De la duplicité de l'Interdit. — 80. Du cas où l'Interdit est simple. Controverse. Discussion. — 81. Procédure spéciale au cas de duplicité. De la « summa licitationis » et de la « stipulatio fructuaria ». — 82. Des « sponsiones » et des divers « Judicia ». — 83. Controverse sur la « stipulatio fructuaria. » — 84. Explication du nº 170 de Gaius. Examen de l'Interdit *secundarium*. — 85. Des conditions de l' « Uti Possidetis ». Qui peut l'intenter? — 86. Contre qui? — 87. Du trouble Possessoire en droit romain. Observations générales. — 88. Il n'est pas exigé de « controversia de Possessione » d'une façon absolue. — 89. En quoi consiste la « vis » sur l' « Uti Possidetis. » De la « vis ex conventu ». — 90. Du trouble imminent et de la « cautio de non turbando ». — 91. Le maintien d'un état de choses préexistant suffit à constituer le trouble. — 92. Du trouble déjà consommé. L'Interdit ne doit pas être délivré dans cette hypothèse. — 93. Examen des objections du système contraire. — 94. Suite. — 95. Suite Explication de la L. 9. « De Religiosis », 11, 7, Gaius. — 96. Emploi de l'Interdit comme préalable à la revendication. Controverse. — 97. De l'instruction sur l' Uti Possidetis ». Examen de la « petitio ». 98. Examen de la *defensio*. Exception « quod vi aut clam, aut precario ». — 99. Le défendeur ne peut opposer d'exceptions pétitoires. Peut-il opposer d'autres exceptions ? — 100. De la « Præscriptio temporalis « et de l'annalité de l'Interdit. — 101. Des répliques que peut opposer le demandeur. Controverse sur la fonction récupératoire de l' « Uti Possidetis. » — 102. Suite. De la « deductio quæ fit moribus ». — 103. Condamnations sur l'Interdit. Résumé. — 104. Transmissibilité active et passive de l'Interdit. — 105. Observation sur l'utilité de l'Interdit au temps de Justinien. Conclusion.

§ 2. *De l « Utrubi. »* — 106. Généralités sur l'Interdit. Formule et procédure. — 107. De la « Major Pars Anni » et de l'« Accessio Possessionum. » — 108. Discussion sur le caractère recupératoire de l'Interdit. — 109. Ce caractère est établi sans contestation possible par le Frag. Vatic. sur la loi Cincia de Donat. — 110. Disparition de l' « Utrubi » qui se fondit dans l' « Uti Possidetis ».

§ 1er. — De l' « Uti Possidetis »

77. — On appelle « Interdits Retinendæ Possessio-

moment. poss. 7, 69, ne s'applique-t-elle qu'à l' « Unde Vi ». Si d'après Ihering, on admet que l'Interdit « momentariæ possessionis » formait un Interdit à part, plus large que tous les autres, il n'y aurait pas de contradiction. Il n'y aurait pas d'effet suspensif au cas « d'Interdit momentariæ Possessionis » ; il y aurait effet suspensif dans les autres cas,

nis » d'une façon générale les Interdits par lesquels le Préteur maintient une partie en la possession d'une chose, en défendant à l'adversaire de la troubler dans l'exercice de cette Possession.

Ces Interdits sont l' « Uti Possidetis » et l' « Utrubi ». D'après la remarque que nous avons faite plus haut, ces termes indiquent à la fois et la procédure entière de Maintenue et spécialement l'ordonnance du Préteur, premier acte de cette procédure qui la mettra en mouvement tout entière.

Ces deux Interdits sont essentiellement prohibitoires : « vim fieri *veto* », dit la formule.

Avant de commencer l'étude de l' « Uti possidetis » une remarque générale doit être faite : c'est que les règles que nous allons exposer sont communes à l' « Utrubi ». Dans la section spéciale à cet Interdit, nous indiquerons les dérogations particulières qu'elles comportent.

78. — La formule de l'Interdit « Uti Possidetis » nous est rapportée par la loi 1 pr. « Uti Possidetis », 43, 17.

« Uti eas Ædes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto. »

Cette formule solennelle indique qu'il s'agit d'un ordre donné en vertu de l' « Imperium ». Le Préteur faisait là sans difficulté un acte de juridiction contentieuse, et il apparaît bien que ce décret qui, d'après ce que nous avons dit, était rendu contradictoirement, devait l'être par le magistrat siégeant à son tribunal.

A quelles choses s'applique l'Interdit ?

La formule citée plus haut et qui est d'Ulpien nous donne « Eas Ædes. » Festus v° « Uti Possidetis » donne une formule un peu différente : « Uti nunc Possidetis eum *fundum* q. d. a. quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, uti ita possideatis, adversus ea vim fieri veto. »

Peut-être y avait-il aussi une rédaction « uti eum locum (Gromatici, p. 74, 29 ; 79 Goës ; Cfr. Gaius IV, 160 ».

L'Interdit est donc créé pour la défense *des Immeu-*

bles en général, par opposition à l' « Utrubi » qui sert à la défense des meubles. Eas Ædes n'est qu'à titre d'exemple et Ulpien, dans plusieurs paragraphes de la loi 1, nous parle, en effet, de possesseurs d'un fonds, d'un sol, d'une « area ».

Le Préteur ajoute : « De Cloacis hoc Interdictum non dabo ».

Certains auteurs donnent à cette restriction une portée considérable. Il y a pour les égouts un Interdit particulier différent de l' « Uti Possidetis. Pourquoi le Préteur excepte-t-il les égouts ; n'est-ce pas à titre restrictif et ne peut-on pas en conclure « a contrario » que les servitudes urbaines sont d'ordinaire protégées par des Interdits à titre utile ?

C'est une controverse que nous retrouverons plus loin.

Carl Albert, p. 127, pense que cette exception veut dire encore quelque chose de plus. D'après lui, le Préteur déclarerait que par exception le fonds servant ne saurait se défendre contre l'Interdit « de Cloacis » au moyens de l' « Uti Possid. » parce que l'amélioration des égouts intéresse au plus haut point l'ordre public et ne saurait être entravée par des motifs d'ordre privé.

« Uti Possidetis », dit le Préteur, cela signifie-t-il, d'après la théorie de Carl Albert, p. 157-158 : « uti res inter vos se habet ? » Nous croyons plutôt que le mot « Possidetis » est ici employé dans son sens juridique précis ; le Préteur ne sachant encore lequel des deux possède, leur adresse une défense à tous deux, défense conditionnelle. Cela est conforme à cette particularité que l'Interdit en régle est double et c'est sur ce caractère de duplicité que nous allons avoir à nous expliquer maintenant.

79. — Pour arriver à faire respecter notre Possession, il nous faut nécessairement en justifier, car si l'adversaire la conteste et qu'il nous soit impossible de l'établir, nous devons nécessairement succomber.

Mais il peut, non seulement la contester, mais la prouver de son chef, c'est donc lui dans ce dernier cas qui avait droit à maintenue.

Lors donc que le défendeur prouvait la possession de son chef ou que, tout en admettant que le demandeur fût possesseur il soutenait que la Possession avait été usurpée contre lui, « vi clam aut precario », il y avait connexité entre les deux demandes (« Reus excipiendo fit actor »); et les Romains fort logiquement constituaient un « judicium duplex » dont le résultat pouvait être aussi bien d'amener la condamnation du demandeur imprudent que du défendeur.

Cette demande reconventionnelle était de la nature même de l'Action Possessoire comme nous le voyons par les formules citées plus haut.

Et alors se produisait ce résultat curieux que l'Introduction en justice d'un Interdit « retinendæ possessionis » pouvait en définitive, lorsque le demandeur était non-seulement débouté, mais encore condamné reconventionnellement, produire pour le défendeur l'effet même de l'Interdit « recuperandæ possessionis » qu'il eût été fondé à intenter.

Cette duplicité de l' « Uti possidetis » est constatée par de nombreux textes (voir notamment Gaius IV, 160; § 7. Instit. « De Interdict. » 4. 15. L. 2 pr. « De Interdict. » 43, 1. L. 3, § 1 « Uti possidet », 43, 17. L. 37, § 1. De oblig. et Action., 44, 7.

Elle existait d'ailleurs dans le Droit Ancien en matière d'actions réelles (Gaius IV. 16).

80. — Mais faut-il dire avec certains commentateurs que les actions en maintenue du Droit Romain présentent toujours et nécessairement ce caractère de duplicité? Faut-il dire que l'Interdit ne se conçoit pas sans une prétention réciproque à la possession et qu'il ne saurait jamais être délivré en raison d'un trouble unilatéral?

Nous ne le pensons pas; sans doute dans l'Edit, la formule est double et de fait le plus souvent le défendeur fondera sa résistance sur une Possession contraire qu'il alléguera. Mais s'il se contente de dénier les faits de trouble, s'il prétend que son adversaire ne possède pas sans prétendre posséder lui-même, pourquoi un « judicium duplex » avec sa procédure compliquée?

Est-ce à dire que l'Interdit ne peut être délivré dans l'hypothèse que nous indiquons, mais seulement une des actions qui, comme nous l'avons vu plus haut, concourent avec lui.

On l'a soutenu (voir Machelard p. 220 et suiv.), mais les textes ne distinguent pas. La loi 11 de Vi, 43, 16 dit en termes généraux que l'Interdit est délivré « adversus quemcumque turbantem » à raison de ce qu'il y a un état de Possession gêné sous quelque rapport(1). La loi 9, R. V. nous fournit aussi un argument d'analogie très puissant. On peut défendre, nous dit Ulpien dans cette loi ; on peut défendre à la revendication, sans qu'il soit nécessaire de soutenir qu'on est propriétaire. Or, nous avons déjà remarqué que les Interdits furent institués d'après des règles analogues à celles de la revendication. Enfin la loi 3, § 3. « Uti possid. » 43, 17 invoquée aussi par Savigny, § 37, nous parait décisive. Peut-on dire comme Machelard, p. 223 d'après Bélime, n° 326, qu'il s'agit d'un « inquilinus » qui se prétend Possesseur? Nous croyons, au contraire qu'il s'agit d'un « inquilinus » qui ne conteste pas sa qualité ; mais il prétend que le « dominus » qui veut faire des réparations agit d'une façon vexatoire; il nie la nécessité et l'urgence des réparations.

Or le « dominus » a droit à l' « Uti possidetis », nous dit Ulpien. Mais pourquoi cet Interdit serait-il double? On peut dire que l' « inquilinus » gêne la possession du bailleur, mais où voit-on une « controversia de possessione », un litige sur la Possession ? à quoi bon une adjudication intérimaire de cette Possession, à quoi bon toutes les formalités de l'Interdit double?

Ce serait donc une erreur que de prétendre qu'il faut nécessairement dans l' « Uti Possidetis » une « controversia de Possessione ».

C'est là un point de vue étroit; dans certaines hy-

(1) Evidemment on ne saurait aller aussi loin que Thibaut, Civ. Archiv. Tom. 18, p. 321, d'après lequel on aurait eu l'Interdit contre le voisin qui aurait troublé la tranquillité par tapage. Il faut un trouble Possessoire, une atteinte à la libre Possession dont on demande la répression en vertu même du droit de Possession.

pothèses en raison de la nature même des choses, l'Interdit sera simple.

C'est ainsi qu'à l'inverse un Interdit simple par sa nature peut devenir double ainsi que nous l'apprend Ulpien à raison de circonstances particulières, L. 1, § 26, « de aqua, 43, 20, « duplex, si contentio de aquæ usu sit, utroque suum usum esse contendente ».

En général donc de par l'essence même de l'Interdit, d'après sa rédaction, il peut conduire à la dépossession du demandeur si le défendeur use pour sa défense d'une prétention à la Possession. Mais si nous supposons que devant le Préteur, il ait reconnu la Possession de son adversaire, qu'il l'ait déclarée non vicieuse à son égard, en niant seulement le fait de trouble allégué ; il nous semble difficile d'une part que le Préteur ne délivre pas l'Interdit et d'autre part qu'il y ait lieu à un Interdit double. Le Préteur en effet dans son ordonnance défend la violence : « vim fieri veto ». Cette formule très large rapprochée des textes ci-dessus montre qu'on ne saurait sans exagération interdire au demandeur qui se prétend lésé de suivre par la voie avantageuse pour lui de l'Interdit ; la formule ne parle pas de « controversia de Possessione ; (quominus possideatis vim fieri veto »). Et quand à la duplicité, la raison s'oppose à ce qu'on la reconnaisse là où les plaideurs même déclarent qu'elle ne trouve point de place.

C'est donc une formule vague et sans exactitude que celle qui consiste à dire que « les atteintes qui semblent le plus unilatérales au premier abord, doivent renfermer au moins dans une certaine mesure, une prétention Possessoire qui explique parfaitement la duplicité du débat » (Bourcart, n° 16). C'est un point de vue démontré faux par les hypothèses que nous avons faites. Ce serait aussi un contre-sens véritable que de prétendre qu'il y a « controversia de Possessione » quand la Possession est gênée de quelque manière que ce soit (voirMachelard, p. 220). Il n'y a « controversia de Possessione » que lorsque la Possession est atteinte directement, lorsque le défendeur *a privé* son

adversaire de tout ou partie de la Possession (1). (Voir plus loin, nos 87 et 88, le développement de cette solution).

Procédure spéciale au cas de duplicité de l'Interdit

81. — Au cas de l'Interdit double, la procédure offrait une grande complication, ainsi que nous l'apprend Gaius IV, 166-171. Le Préteur ne laissait pas se prolonger l'état litigieux pendant le procès au risque de violences réciproques.

Par une solution très ingénieuse et qui va permettre au magistrat de voir en fait quelle partie a le plus de confiance dans son droit, le Préteur, avant de faire procéder aux « sponsiones », met aux enchères la détention intérimaire.

C'est là une analogie avec ce qui se passe en matière de revendication sous le système des « Legis actiones », mais les « vindiciæ », n'étaient pas mises aux enchères, mais attribuées d'après l'appréciation du magistrat, qui se décidait sans doute d'après certaines règles d'équité.

Ici, nous dit Gaius (166), on procède à une licitation des fruits.

Cette « summa licitationis » ou « fructus licitatio », ne représentait pas le prix de la jouissance intérimaire, ni le dommage ; elle avait un caractère pénal et était due par l'enchérisseur qui succombait, sans que pour cela il fût dispensé de tenir compte des fruits qu'il avait indûment perçus pendant l'instance. 167..... « et hoc amplius fructus quos interea percepit reddit. Summa enim fructus licitationis *non pretium est fructuum*

(1) Certains auteurs ont si bien vu la possibilité de ce trouble unilatéral ; ils ont si bien compris la nécessité d'un Interdit simple au moins dans les hypothèses que nous avons indiquées qu'ils sont allés le chercher dans le § 170 de Gaius (Witte p. 111 et suiv. Bruns Besitzklagen, p. 32) dont Studemund a tenté la restitution dans un sens favorable à cette opinion. Ce n'est qu'une conjecture et nous pensons au contraire que le § 170 de Gaius vise une autre hypothèse ainsi que nous aurons à l'expliquer « infrà n° 84 » mais cela démontre que les auteurs les plus récents ne mettent plus en doute le caractère *de simplicité* possible de l' « Uti Possid. »

sed pœnæ nomine solvitur, quod quis alienam Possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. »

Quel est l'effet de cette « summa licitationis » pour l'enchérisseur? « Tantisper *in Possessione constituitur* »; d'après nos observations sur la terminologie « suprà », il n'est pas un possesseur juridique, mais un détenteur. Cette remarque est très importante ; il s'en suit que si le Possesseur, au moment de l'Interdit, a succombé sur la mise aux enchères de la Possession intérimaire, mais qu'il triomphe en définitive devant le juge, sa Possession et son usucapion n'auront pas été interrompues et qu'il n'aura pas besoin de recourir à une « accessio Possessionum ».

L'enchérisseur, pour se mettre en Possession, devait fournir caution par une « stipulatio fructuaria », dont l'effet, nous dit Gaius « vis ac potestas », est, s'il est prononcé condamnation contre lui, de l'obliger à payer la « summa licitationis ». et à rendre les fruits (Gaius, § 166, 167, 169). (Restit. de Studemund).

Il résulte de ce qui précède que la situation juridique des parties n'est pas modifiée. L'enchérisseur ne devient pas défendeur ; il ne devient pas Possesseur juridique. Toutefois, au cas improbable où ni l'un ni l'autre ne parviendrait à établir la Possession, la chose resterait aux mains de l'enchérisseur qui deviendrait défendeur sur la revendication en qualité de détenteur. (L. 9, R. V.)

82. — On procédait ensuite, nous dit Gaius, aux « sponsiones » et aux « restipulationes » et ici en vertu de la duplicité de l'Interdit, il y avait deux « sponsiones » et deux « restipulationes » réciproques. Il semble d'ailleurs certain, à travers les mutilations du manuscrit qu'en pratique ou les réunissait. (Restitution de Studemund...) « Alter alterum sponsione provocat : si adversus Edictum Prætoris possidenti mihi a te vis facta est, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem vel (stipulationibus junctis duobus) una inter eos sponsio (itemque una) restipulatio (adversus eam) fit ».

Nous ne nous étendrons pas sur les « sponsiones » dont nous avons parlé au chapitre précédent.

Les formules étaient ensuite délivrées par le Préteur avec la nomination du Juge ou des Récuperateurs.

Nous verrons plus loin les règles de l'examen du juge; sa mission est de vérifier qui des deux possédait « nec vi, nec clam, nec precario » à l'époque de l'émission de l'Interdit.

Celui qui succombe est condamné aux « sponsiones » et aux restipulations; son adversaire est absous de ce chef. De plus, si le perdant est l'enchérisseur, il doit la « summa licitationis » à titre de peine, la restitution des fruits et il doit permettre à son adversaire de se remettre en possession matérielle.

S'il ne restitue pas la possession, on pourra l'y contraindre par le « judicium Cascellianum ou secutorium » (Gaius, 166 « in fine »).

Les termes dont se sert Gaius « nisi restituat », montrent clairement que c'est là une instance arbitraire. Et plus loin, il indique aussi que celui qui succombe « restituere jubetur ». Probablement dans l'Interdit primitif on condamnait à la chose même (Anal. Gaius, IV, 48) comme dans les Actions de la loi.

D'après M. Witte, p. 18, ce « judicium cascellianum » formerait l'objet d'une instance séparée. Gaius nous dit, en effet, IV, 165 « sed actor sponsionis formulæ subjicit et aliud judicium de re restituenda vel exhibenda ». Peut-être n'y a-t-il là, comme le fait observer M. Bourcart, qu'une inexactitude de rédaction. Le « judicium » étant une suite naturelle des « sponsiones », (« secutorium »), il semble superflu d'exiger un « judicium » distinct.

Quant au montant de la condamnation dans le « judicium cascellianum », nous pensons qu'il avait pour mesure, non pas la valeur de la chose, mais la valeur même de la Possession, L. 1, pr. 43, 17. « neque pluris quam quanti res erit... agere permittam. » (Add. L. 3, § 11, 43, 17, L. 6, 43, 16 (1).

(1) Cette loi est controversée et nous aurons l'occasion d'y revenir.

83.— Mais le chef du « Cascellianum » ne semble viser que la Possession toute seule, d'après ce que dit Gaius, § 166 « in fine ».

Les sponsions sont en suspens et la « summa licitationis » et la restitution des fruits. A quel titre sont-elles demandées? Les « sponsiones, ex stipulatu ». Pour la « summa licitationis » et la restitution des fruits il existe une difficulté.

Voyons d'abord nos textes : Gaius nous dit, § 167 : Celui qui avait triomphé sur la « licitatio fructus », s'il ne prouve pas que la Possession est à lui, doit payer à titre de peine la somme des sponsions, de la restipulation et de la « licitatio fructus » et en outre il doit restituer la Possession et rendre les fruits qu'il a perçus dans la période intérimaire, car la somme de la licitation des fruits n'est pas le prix des fruits mais elle est payée à titre de peine pour indue retention de la Possession d'autrui et privation de jouissance.... § 169. Nous devons faire observer qu'il est loisible à celui qui avait été battu sur la « licitatio fructus, » de ne pas tenir compte de la « stipulatio fructuaria » et d'agir pour les fruits comme par le « cascellianum » ou « secutorium » il avait agi pour recouvrer sa Posssion, c'est-à-dire par un « judicium fructuarium ».

Et dans cette procédure nous dit Gaius, il y aura lieu à une caution « judicatum solvi ».

M. Witte, p. 51, estime que la « stipulatio » comprend 1° un élément pénal; 2° la restitution des fruits.

Il s'appuie sur le § 166 et la restitution de Studemund..... « vis ac potestas hœc est..... ut si contra eum.... am..... summam adversario solvat ».

D'après Rudorff aussi la stipulation eût été du double des fruits et aurait compris les deux mêmes éléments. Cela est conforme au § 167 « in fine ». Mais quel intérêt aurait-on eu à opter pour le « judicium fructuarium » qui ne donnait que la moitié et à laisser de côté la « stipulatio fructuaria » ? C'est là une objection insurmontable. Nous pensons donc qu'il y a une inexactitude dans le texte de Gaius, § 169. Il faut dire que la stipulation n'est laissée de côté que pour partie,

pour la restitution des fruits, et maintenue quant à la « summa licitationis » qui n'est due qu'à titre de peine. On sait combien à l'époque de Gaius, IV, 136, la stipulation avait acquis d'élasticité ; on ne stipulait pas seulement une « res certa » mais encore un « facere ». Par suite on comprend qu'on ait pu scinder la « stipulatio fructuaria » pour en restreindre l'effet à une seule de ses causes.

84. — *Explication du § 170 de Gaius.* — Nous avons jusqu'ici supposé que les parties avaient de bonne volonté procédé aux « sponsiones » et que la procédure avait pu suivre une marche régulière.

Mais si l'Interdit une fois délivré, l'adversaire se dérobait, s'il se refusait à procéder aux « sponsiones », s'il ne voulait même pas procéder à la « vis ex conventu », c'est-à-dire s'il disparaissait sans rien déclarer, s'il faisait le mort, il est évident qu'on ne pouvait lier l'instance ni organiser à un « judicium ».

Quelle ressource restait alors à celui qui avait obtenu l'Interdit ?

C'est évidemment l'hypothèse visée par le n° 170 de Gaius et qui forme la conclusion de son exposé de la procédure. « Mais comme certains plaideurs, nous dit le jurisconsulte, ne voulaient pas faire ce qui découlait de l'Interdit et que, par suite, l'affaire ne pouvait pas recevoir de solution, le Préteur... « Sed quia nonnulli, interdicto reddito, cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, prætor..... comparavit interdicta ».

Malheureusement, le texte offre une lacune qui ne saurait être comblée que par des conjectures.

Voici comment Studemund restitue ce passage : « Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri ; prætor in eam rem prospexit, et comparavit interdicta, quæ secundaria appellamus quod secundo loco redduntur, quorum vis et potestas hæc est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus liceatur, etc. ».

Nous avons déjà parlé de cette restitution de Stude-

mund en cherchant à établir que l'Interdit n'était pas toujours double. Et nous avons constaté qu'il était bien impossible que le paragraphe 170 visât l'hypothèse où l'Interdit se présente avec un caractère de simplicité. Nous sommes en matière d' « Uti Possidetis », ou la procédure » cum pœna et periculo » est obligatoire, et le défendeur, par une voie détournée, échapperait aux « sponsiones »? c'est impossible. Gaius, d'ailleurs, ne dit rien de pareil ; ce qui résulte seulement avec certitude de son texte, c'est que l'hypothèse dont il va s'occuper est bien celle où l'adversaire se dérobe d'une manière générale, aussi bien au cas d'Interdit simple que d'Interdit double. Il s'agit de parties « quæ cetera ex Interdicto facere nolebant » et l'explication que nous donnons nous paraît évidente.

M. Machelard l'a bien aperçu. Mais nous croyons également sa conjecture inadmissible, (p. 190). « Peut-être, dit-il, se bornait-on alors à délivrer une action « in factum », chargeant le juge d'examiner qui possédait et de régler les réparations qui pouvaient être dues à celui dont la Possession avait été troublée (1). »

La théorie de M. Machelard doit être repoussée par un double motif ; 1° Cette « actio in factum » nous ramènerait purement au cas de l'arbitrium ; or Gaius nous dit fort nettement que sur l' « Uti Possidetis l'arbitrium » est impossible ; 2° le texte d'ailleurs « prætor comparavit interdicta... » s'y oppose.

Sous le bénéfice des précédentes observations nous croyons que Studemund aussi bien que Huschke sont dans le vrai en voyant dans le § 170 la création d'un Interdit nouveau, et nous croyons qu'on peut admettre avec Rudorff (sur Savigny, p. 668) que c'était un Interdit analogue aux Interdits « quem fundum, quam hereditatem » donnés dans les actions réelles contre le

(1) Un texte : « Lex Rubria de Gallia Cisalpina, Ch. 21 in fine », s'occupe d'une action donnée par suite du refus de contracter une sponsion prescrite par la loi. On pourrait y trouver un argument d'analogie en faveur du système de M. Machel si le texte de Gaius à travers ses mutilations ne montrait que le Préteur a remédié par un Interdit (« comparavit Interdicta ») non par une action.

possesseur « qui non defendebat ». Il y a là une frappante analogie.

Cet Interdit serait double à ce point de vue qu'il se présenterait comme Interdit « tam adipiscendæ quam Recuperandæ Possessionis » et cet effet d'une « missio in Possessionem » ne doit pas nous surprendre depuis la découverte du « Fragmentum Vindobonense » d'Ulpien qui est venu éclairer un point obscur de la science du Droit Romain et déterminer le cas où les Interdits pouvaient être doubles dans ce sens spécial : « sunt Interdicta duplicia, tam adipiscendæ quam recuperandæ Possessionis, qualia sunt Interdicta quem Fundum quam hæreditatem ; nam si fundum vel hæreditatem ab aliquo petam, *nec lis defendatur cogitur ad me transferre possessionem*, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi Possessionem », Adde Paul, L. 2, § 3. De Interd. 43, 1.

Quoi qu'il en soit et malgré la vraisemblance de cette conjecture, remarquons qu'il s'agit là d'un Interdit très différent de l' « Uti Possidetis ». Aussi repousserons-nous la qualification de secundarium que lui donnent les auteurs par opposition à l' « Uti Possidetis » qui serait « primarium ». C'est là un vocable dangereux dont Gaius ne se sert pas, et qui pourrait faire croire à une ressemblance qui n'existe pas.

Des Conditions de « l'Uti Possidetis »

85. — Qui peut intenter l'Interdit? Nous n'avons pour répondre à cette question qu'à rappeler les explications contenues dans notre chapitre 1[er].

Le possesseur seul a droit à l' « Uti Possidetis », et nous n'avons pas ici de controverse comme dans « l'Unde vi » pour savoir si l'Interdit n'est pas quelquefois concédé au détenteur.

Il n'importe d'ailleurs que la Possession soit « justa » ou « injusta ». L. 2, « Uti Possid. » 43, 17. « Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert, qualis cumque enim Possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet quam

qui non possidet. « L. 53, de Adquir. Possess. Adversus extraneos vitiosa Possessio prodesse solet. »

Certaines hypothèses spéciales sont prévues par nos textes. Quelqu'un possède un « cœnaculum » au-dessus de la maison d'autrui, qui aura droit à l'Interdit? Le propriétaire du rez-de-chaussée. L. 3, § 7, « Uti Poss. « 43, 17. » Sed si supra ædes, quas possideo, cœnaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, Interdicto Uti Possidetis me uti posse, Labeo ait, non eum qui in cœnaculo moraretur ; semper enim superficiem solo cedere (1). »

Et c'est toujours le possesseur de la partie de l'édifice qui est de plain-pied qui a l' « Uti Possidetis » à l'exclusion du possesseur des caves (ead. leg.). « Plane si cœnaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo ædes possideri qui κρύπτας possideret, sed ab eo cujus ædes supra κρύπτας essent ; verum est hoc in eo, qui aditum ex publico habuit ».

L' « Uti Possidetis » n'appartient pas au « superficiaire (ead. leg.) » mais celui-ci a son Interdit spécial à l'aide duquel il peut se défendre contre le possesseur même.

Celui-la a droit à l'Interdit, comme nous l'avons indiqué, qui prétend à une « co-possession » ou à une possession pour partie L. 1, § 7, « Uti Possid. » 43. 17. Ulpien : Hoc interdictum locum habet sive quis totum fundum possedisse se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso. » Il n'est donc pas nécessaire pour intenter l'Interdit de se prétendre possesseur « ex asse » et l'intérêt est considérable, si l'on veut ensuite recourir à l'action « communi dividundo, » admise entre co-possesseurs dont la possession est exempte de vices (L. 7, § 5, » comm. divid. 10, 3), car on devrait, à défaut du droit à l'Interdit, intenter une revendication « pro parte » qui exigerait la preuve du droit de propriété.

Quid au cas de conflit entre un Possesseur et un quasi-possesseur à l'époque où l'on reconnait que ce

(1) « Cœnacula vocantur ad quæ scalis ascenditur (Festus). »

dernier a droit à un Interdit utile ? Il s'agit, par exemple, d'un usufruitier qui lutte avec un Possesseur. — Ulpien, L. 4 « Uti Possid, » 43, 17, décide que l'Interdit pourra être demandé aussi bien par l'usufruitier contre le prétendu Possesseur que par le Possesseur contre le prétendu usufruitier et dans ce cas évidemment l'Interdit était double.

86. — Contre qui l'Interdit doit-il être intenté ? Contre l'auteur du trouble. Cette formule générale, le trouble, comprend, ainsi que nous l'avons fait pressentir, à la fois toute prétention contraire à la Possession et aussi tout fait qui atteint directement la Possession, sans entraîner nécessairement prétention à cette Possession. Dans le premier cas, l'Interdit est double ; dans le second cas, il est simple. C'est ce que nous avons déjà indiqué.

87. — *Du trouble Possessoire en Droit romain.* — Pour bien comprendre la nature de la « vis contra prætoris Edictum », du trouble Possessoire, il est nécessaire de poser nettement trois règles qui dominent notre matière.

A. On n'encourt pas forclusion contre l'auteur du trouble si l'on a agi au pétitoire. Ainsi le fait d'avoir intenté une action en revendication contre l'auteur de la « vis » n'empêche pas de diriger contre la même personne un Interdit « retinendæ Possessionis. » L. 12, § 1. « De adquir Possess. » 41, 2. « Nihil commune habet proprietas cum Possessione et ideo non denegatur ei Interdictum Uti Possidetis qui cœpit rem vindicare. Non enim videtur Possessioni renuntiasse qui rem vindicavit. »

B. Il faut que la « vis » ne soit pas allée jusqu'à la dépossession, car il y aurait lieu à un Interdit « Recuperandæ Possessionis. L. 1, § 4 « Uti Possid » 43, 17 ; L. 1, § 1 « Utrubi » 43, 31 (1).

Tout le monde s'accorde sur ce principe, mais nous

(1) La loi 1, § 4, nous montre aussi que les Interdits peuvent être souvent remplacés par des exceptions : « Retinendæ Possessionis duplex via est, aut exceptio aut Interdictum : exceptio datur ex multis causis ei qui possit ».

verrons plus loin les difficultés que présente l'espèce spéciale de la fonction récupératoire de l'Interdit.

D'ailleurs il est souvent délicat de savoir quand il y a dépossession ou trouble. Les règles qui concernent la perte de la Possession des Immeubles, en raison du principe que cette Possession se conserve « animo solo », sont très obscures et l'on est très divisé sur le sens de la loi 153 « De reg. juris. Ut nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur nisi in qua *utrumque* in contrarium actum (1) ».

C.— Enfin il faut que la « vis » soit faite intentionnellement, qu'on allègue un fait intentionnel, mais non pas un fait qui comporte nécessairement prétention à la Possession, à un droit de servitude. Ainsi il y aurait lieu à l'Interdit si la partie attaquée prétendait que nous ne possédons pas, que nous sommes sans droit pour nous plaindre d'un fait qu'elle a commis sans prétendre léser la Possession. Il y aura lieu à l'Interdit contre le détenteur « colonus » qui résistera sans motif au bailleur quand celui-ci voudra réparer. Ulpien le dit expressément, L. 3, § 3 « Uti Possid. » 43, 17. Contra Machelard. (Voir Savigny, § 37).

88. — Il n'est donc pas, selon-nous, de doctrine plus fausse que celle des auteurs qui soutiennent que pour donner lieu à l'Interdit, il faut une « controversia » de « possessione » de toute nécessité ; et nous allons le démontrer en parcourant les diverses hypothèses de nos textes.

Pomponius, L. 11, « De Vi » 43, 16 définit la « vis » d'une façon générale (De l'aveu de tous, cette loi qui prévoit des troubles n'allant pas jusqu'à la dépossession devrait être placée au titre « Uti possidetis). « Vim facit qui non sinet possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive in serendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid ædificando, *sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.* »

L'essence même de la « vis », c'est donc de gêner la « libera possessio » de l'adversaire.

(1) Savigny remplace « utrumque » par « alterutrum, mais nulle part on ne voit ces deux mots employés comme synonymes.

La loi 3, § 2, 43, 17 nous parle bien d'autre part d'une « controversia de possessione ».

Mais faut-il généraliser ? Non certes, et pour le démontrer il suffit de parcourir les autres hypothèses de nos sources.

La loi 8, § 5, « si servit. vindic. », 8, 5, nous donne une formule bien plus générale. « Uti Possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti ». De même, la loi 14 « De Injuriis », 47. 10, « si prohibeatur jus suum exercere ».

Mais deux lois surtout ne peuvent laisser de doute. L. 5, § 10, « De Oper. Nov. nuntiat. », 39, 1. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, æquissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam, aut Uti Possidetis uti. »

Dira-t-on que cette loi qui indique concurremment l' « Uti Possidetis ou l'Interd. quod vi aut clam » exige une « controversia de Possessione » ?

La loi 3, § 4, « Uti Possid. », 43, 17, nous dit que si mon voisin ou son auteur a fait monter mes vignes le long de ses arbres, je puis les couper d'après Pomponius et Labéon, et le voisin commettra une « vis » s'il veut s'y poposer, parce qu'il y a trouble à la Possession quand on est empêché de cultiver comme on l'entend. Or, rien n'indique que le voisin réclame la possession des vignes, rien n'indique une « controversia de Possessione ».

Enfin cette même loi 8, § 5, « si servit. vindic, » 8, 5, indiquée plus haut, accorde l'Interdit « Uti Possidetis » au propriétaire d'un étage inférieur, dont la fumée monte à l'étage supérieur et qui se prétend gêné sans la Possession de son droit absolu. Comment voir une prétention possessoire dans le fait de celui qui met obstacle au « jus fumum immittendi » ?

Ajoutons que la formule elle-même « quominus ita possideatis, vim fieri veto », ne fait ressortir aucunement la nécessité d'une « controversia de possessione ».

89. D'ailleurs, la « vis » nécessaire dans l' « Uti Possidetis » doit être soigneusement distinguée de la *vis* dans l'Interdit de « vi ». Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un acte violent, un acte matériel.

D'après notre théorie, cette « vis » résulte du refus de se soumettre à l'ordre du juge formulé dans l'Interdit, de la prétention émise, avant de passer aux « sponsiones », de résister aux prétentions du demandeur et de suivre sur la procédure. Est-ce à dire que la « vis « de l' » Uti Possidetis » soit purement symbolique ? Non, ce qu'on a appelé la « vis ex conventu » assez improprement, doit consister dans une déclaration solennelle faite sur l'interpellation de l'adversaire. C'est le moyen qui sert à donner une base légale aux « sponsiones » et à l' « Uti Possidetis » quand celui-ci est employé, ainsi que nous le constaterons, comme préalable à la revendication.

Nous voyons en effet L. 1, § 3 « Uti Possid. 43, 17, Si inter ipsos contendatur uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat ».

Les *simples paroles* constitueront donc ici le « vis contra Prætoris Edictum. » Et l'on aperçoit que toute conception d'une « vis » postérieure à l'Interdit est impossible dans la théorie de ceux qui prétendent que l'ordonnance préalable cessa de bonne heure d'être rendue. Sans cette ordonnance, il est impossible de concevoir un trouble, même de forme. Or, puisque, comme Gaius nous l'apprend, l'examen du juge porte sur le point de savoir « num vis facta est contra Prætoris Edictum », il est de toute nécessité qu'il y ait au moins un trouble de forme (1).

Nous concluons donc que la violence de l' « Uti Possideti », le trouble possessoire est constitué par le simple refus de rentrer dans l'ordre régulier des Possessions, une fois l'Interdit rendu. Ce refus est déclaré probablement d'une façon solennelle avant qu'on ne

(1) M. Machelard (p. 186) voit la « vis ex conventu » dans la « fructuum licitatio »; mais si l'enchérisseur est celui qui triomphe en définitive, il n'y a pas eu d'atteinte directe à sa Possession; nous croyons la théorie que nous présentons préférable dans sa formule générale; du moment qu'il s'agit d'une violence de forme et qu'on en reconnait la nécessité postérieurement à l'Interdit, elle doit se produire avant toute procédure. D'ailleurs, la « fructuum licitatio » n'est qu'un mode de fixer la Possession intérimaire, un errement de procédure. Dans la procédure en revendication, où il y avait aussi attribution intérimaire de la Possession, la violence est constituée, non par l'attribution des « vindiciæ », mais par la « manuum consertio ». (Voir aussi ce que nous disons infrà de la « deductio quæ fit moribus »).

passe à l'attribution de la Possession intérimaire et aux « sponsiones ».

90. — Examinons maintenant, en nous appuyant sur les principes que nous venons de poser, certaines hypothèses spéciales.

Devra-t-on accorder l'Interdit au cas de trouble imminent ? Oui, d'après Savigny, p. 408, 409 ; Randa, p. 124, n° 4, et Vangerow I, § 336. Il n'y a pas de trouble effectif ; il n'y a pas non plus de revendication projetée pour laquelle le rôle des parties serait à déterminer, et néanmoins, disent ces auteurs, on peut provoquer, contre un rival éventuel, un débat sur la Possession, dans le but de se mettre à l'abri de toute contestation future. On a le droit de s'assurer contre une inquiétude de tous les instants.

Et, dans ce cas, la personne menacée (?) peut après une « cognitio causæ » obtenir de l'adversaire une « cautio de non turbando » (1).

Une objection capitale doit être, dès l'abord, opposée à ce système. Qui constituera, en ce cas, la « vis », même la « vis ex conventu » ? Comment dire qu'il y a une résistance à l'ordre du Préteur pour ceux qui, comme nous, croient toujours à la nécessité de l'ordonnance préalable? Comment dire, dans la doctrine contraire à la nôtre, qu'il y a *vis* contre l'Edit ?

Mais cette caution peut, disent les partisans de ce système, invoquer des analogies de textes en matière d'action négatoire. (Bruns Besitzklagen, p. 63, 64, 65). L. 12. « Si servit, vindic, 8, 5. Egi jus illi non esse tigna in parietem meum immissa habere, an de futuris non immittendis cavendum est ? Respondi, judiciis officio contineri puto, ut de futuro quoque caveri debeat. Adde, L. 2, § 18, nequid in loc. publ., 43, 8, « si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio judicis continetur, uti caveatur non fieri » (2).

Malgré l'autorité considérable des divers auteurs

(1) Cette « cautio » existe en droit criminel anglais moderne.

(2) Savigny lui-même reconnaît qu'on ne peut se servir de la loi « unic Cod.» 8, 6, qui a trait à la « cautio judicatum solvi » et à l'Interdit double au cas du refus de la fournir. Comp. Molitor, p. 124, n° 6.

cités plus haut, nous pensons que c'est là une théorie divinatoire. Elle est contraire à la raison, car si l'adversaire prétendu, cité en justice, n'a rien fait contre notre Possession et déclare ne prétendre rien contre nous, nous ne voyons pas en vertu de quel principe on lui imposerait une satisdation, une caution ; on le condamnerait en somme. Mais avec cette théorie arbitraire, personne n'eût été à l'abri d'un Interdit vexatoire !

Il faut donc un trouble *commis*, un trouble de droit ou un trouble de fait dans les conditions énoncées plus haut, mais un *trouble réel*, non éventuel, et c'est avec raison qu'on a dit que la théorie ci-dessus ne résiste pas à l'examen si on la traduit en une formule précise. « Préteur, Numerus Negidius ne m'a rien fait, mais il a menacé de me disputer la Possession ; il a déclaré qu'il songeait à me troubler dans la libre disposition du fonds que je possède. Je demande la délivrance de l' « Uti Possidetis » (1).

Il est d'évidence que le Préteur répondra fort sagement qu'il faut attendre qu'il se produise une contestation effective (2-3).

91. — Le trouble imminent, le trouble par simples

(1) Quant aux textes (suprà), ils ne sont rien moins que décisifs. La loi 12 « si servit », 8. 5, vise une hypothèse qui ne présente aucune analogie avec la nôtre. Il s'agit d'une condamnation obtenue au pétitoire contre un voisin qui prétendait avoir une servitude d'appui. La caution n'est qu'une conséquence du jugement, une disposition accessoire pour en assurer l'exécution. Même observation pour la loi 2, § 18, « ne quid in loc. publ. », 43, 8. Il faut supposer qu'il y a eu des préparatifs et même un commencement d'exécution. Et puis la situation est toute spéciale. Il faut des précautions particulières, parce que l'édifice, une fois construit même « in loco publico », on ne pourra forcer à le démolir « ne ruinis urbs deformetur ». Ead leg., § 17. Notre espèce est toute différente.

(2) Comp. Machelard, qui propose une solution mitigée également inadmissible, p. 207, 208.

(3) Dans la pratique allemande moderne, où nécessairement il n'est pas question d'ordonnance préalable, certains auteurs ont considéré les menaces comme constituant un trouble Possessoire. (Voir Ihering, p. 85, 86, note 117 ; Wiederhold « Das Interdict. Uti Possidet. », p. 28. Mais nous ne croyons pas que ce système ait été celui du Droit romain, même dans son dernier état. D'ailleurs, la majorité des auteurs allemands repousse cette théorie. Comp. Lauterbach (Collect. théor. prac. 43, 17, § 8.) « Putant quidem nonulli quod necessario ad turbationem facta requirantur ; verum quod etiam verba sufficient probat, L. 3, § 2, « Uti Possid. (?) quod fit diffamando jus in alterius re sibi asserendo », (cité par Ihering).

menaces ne suffira donc pas à fonder l'Interdit. Mais ne pourra-t-on pas considérer comme un trouble suffisant une simple abstention, le maintien d'un ordre de choses existant? Là s'il n'y a pas de fait positif, il y a bien atteinte immédiate à notre Possession.

La question peut paraître assez délicate ; en effet, l'Interdit est prohibitoire, « vim fieri veto » ; il semble donc difficile de dire qu'il s'applique à un état de choses préexitant qui ne fait que subsister.

Le défendeur ne pourra-t-il pas objecter? « Je n'ai pas désobéi à l'ordre du Préteur, car cet ordre ne disposait que pour l'avenir ».

Gaius, d'ailleurs, IV, 170, prévoit bien qu'au cas où l'une des deux parties se dérobe, où l'adversaire fait le mort, l'Interdit se trouve paralysé; n'y a-t-il pas à en tirer argument pour notre hypothèse et ce § 170 n'exige-t-il pas un fait positif d'une façon indirecte ?

Enfin ne peut-on pas invoquer la L. 3, § 5, « Ut Poss. » 43, 17, où Ulpien suppose qu'une maison présente une saillie, un balcon, un toit qui empiètent sur le terrain du voisin et déclare qu'il ne peut être question de l'Interdit contre celui qui « habeat projectionem » ?

Cette loi avait si fort embarrassé Cujas qu'il voulait lire « utile » au lieu de « inutile », une affirmation au lieu d'une négation, ce qui est une façon singulièrement commode de trancher la difficulté. Nous ne voyons rien qui puisse faire croire à une pareille erreur du texte et voici comment cette loi s'explique : Remarquons que tous deux possèdent; l'un, le sol ; l'autre, grâce à la « projectio », la superficie; il y a donc deux Interdits qui se paralysent et l' « Uti Possidetis » est inutile. C'est ce qui résulte de la traduction littérale. « Mon immeuble fait saillie sur ton immeuble, tu m'intentes l'Interdit : Si nous possédons cet endroit, qui est couvert par la saillie..., qu'arrive-t-il si pour mieux retenir la Possession de cette saillie, je t'intente l'Interdit « Sicut nunc possidetis eas ædes ex quibus projectus est? » — L'Interdit « Uti Possidetis » sera inutile, car il y a impossibilité de fait de préférer l'une des deux Possessions à l'autre. On peut même dire qu'ici, grâce à deux Pos-

sessions qui ne sont pas incompatibles, il y a une sorte de dérogation à la règle : « Duos in solidum Possidere non posse. » C'est ce qu'a bien vu Rudorff sur Savigny, p. 718, lui qui suppose qu'il y a là une controverse entre les Proculiens et les Sabiniens qui n'étaient pas, comme nous l'avons vu, d'accord sur le principe que les Possessions sont exclusives l'une de l'autre ; mais ce n'est pas là, croyons-nous, cette controverse qui est en jeu, puisque Labéon et Cassius reconnaissent tous les deux qu'on se trouve dans une impasse, deux Possessions égales devant se paralyser dit l'un, l'Interdit étant inutile d'après l'autre.

Nous pensons, malgré cette loi et en dépit des autres objections exposées plus haut que le trouble déjà commis, mais persistant, donnera lieu à l'Interdit. C'est même l'hypothèse ordinaire : la formule « vim fieri veto » ordonne de rentrer dans la règle des Possessions. Il y a désobéissance évidente à l'ordre du Préteur si l'on conserve un état de choses contraire à la Possession et l'élément de la « vis » est, comme nous l'avons remarqué, une simple résistance sur l'ordonnance comminatoire. Cela est confirmé de la façon la plus précise par le § 9, L. 3, « Uti Possid., » 43, 17. « Si vicinus meus in pariete meo tectoria habeat et in pariete suo, Uti Possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur. » Si le voisin a un crépi sur mon mur, l' « Uti Possidetis » pourra servir à le faire enlever.

92. — Jusqu'ici, nous avons considéré que l'Interdit devait être introduit pour troubles postérieurs à l'Interdit. Ce sont bien là ceux qui sont prévus par la formule: « Quominus ita Possideatis vim fieri veto ».

Mais cela est controversé et nous avons à établir deux propositions qui sont le développement de notre théorie sur ce point spécial.

A. On ne peut introduire l'Interdit pour un trouble passé.

B. Il ne peut avoir pour effet de faire obtenir réparation d'un préjudice déjà éprouvé « ex postfacto », d'une façon directe.

On peut s'appuyer pour les démontrer sur les considérations suivantes :

1° L'Interdit est prohibitoire; or, il n'y a de défense possible que pour l'avenir, non pour le passé. La formule même ne peut laisser aucun doute sur ce point : « vim fieri veto », dit le Préteur, et nous avons démontré plus haut qu'il rendait une ordonnance spéciale pour chaque espèce qui lui était soumise.

2° Aussi le Droit romain admettait-il, à côté des intédits prohibitoires ayant pour but d'empêcher les actes à venir, les Interdits restitutoires qui, dans certaines hypothèses, visaient les actes consommés dans le passé.

La loi 1, § 12 « ne quid in flum. pub., » 43, nous montre le caractère opposé de ces deux sortes d'Interdits: L'Interdit prohibitoire « pertinet ad quæ nondum facta sunt », le restitutoire est délivré contre les faits accomplis : « Si quid jam factum est, per hoc Interdictum restituitur. » On ne saurait, croyons-nous, démontrer notre thèse d'une façon plus nette et plus précise.

3° Il n'est permis de se faire tenir compte des fruits sur l'Interdit « Uti Possidetis », que depuis l'émission de l'Interdit. L. 3 « De Interdictis » 43, 1. « In Interdictis exinde ratio habetur fructuum ex quo edita sunt, non retro » (arg. L. 1, § 40 « De Vi », 43, 16).

93. — On argumente dans le système contraire de la L. 3, § 9 « Uti Possid. » 43, 17 où l'on voit que l'Interdit peut aboutir à l'enlèvement de travaux opérés.

Mais cette loi, comme nous l'avons vu, s'occupe d'un cas de trouble persistant et nous supposons au contraire qu'il s'agit d'un trouble achevé dans le passé, non persistant.

Keller (Zeitschrift, XI, p. 306), pour établir que l'appréciation du juge ne pouvait porter sur le trouble antérieur à l'émission de l'Interdit, suppose l'hypothèse suivante : Aulus est sur le point de couper une récolte, il en est empêché par Numerius qui prétend avoir le droit de la prendre. La récolte périt pendant la contestation et ce n'est que postérieurement qu'Aulus recourt au magistrat et se fait délivrer l' « Uti Possidetis ». Voilà

bien un trouble antérieur à l'Interdit et un trouble consommé.

D'après M. Machelard la condamnation du juge pourra tenir compte d'un pareil trouble. « Dans la doctrine que nous combattons, dit-il, on attache trop d'importance au préalable de l'Interdit. Cet expédient, qui fut d'abord nécessaire comme moyen d'engager un procès et qui se maintint pendant longtemps après qu'on aurait pu s'en passer, ne pouvait avoir pour résultat d'innocenter des faits coupables dont la répression était réglée anciennement par le droit Prétorien. Chacun devait savoir qu'en apportant à une Possession régulière un trouble qui entraînait un dommage, il agissait à ses risques et périls et qu'il encourait l'obligation de réparer le mal qu'il aurait causé. » (P. 203.)

D'autres, plus radicaux, nient complétement la nécessité même de pure forme selon M. Machelard de demander l'Interdit. A l'époque classique, disent-ils, la fixité de l'Edit rendait inutile une double comparution ; il ne s'agit plus de considérer la « vis contra prætoris interdictum » mais d'une façon générale la « vis contra prætoris edictum ».

D'ailleurs, ajoutent-ils, l'action « ad exemplum interdicti » après Dioclétien doit comprendre nécessairement l'examen du préjudice éprouvé dans le passé.

A cet argument, nous répondrons qu'il est certain en fait que l'émission de l'Interdit était nécessaire à l'époque classique. Nous croyons l'avoir démontré d'une façon péremptoire à l'aide de la formule de Paul : « Est actio per Interdictum constituta ». Et Machelard, dans le passage cité, n'hésite pas à le reconnaitre. Il est vrai qu'il n'y voit qu'une simple formalité. Qui le prouve ? Sur quels textes s'appuie-t-il ? Nous voyons, au contraire, d'après le manuscrit de Gaius, que c'est la base même de toute la procédure. Et si l'Interdit est toujours nécessaire, comment faire abstraction de sa formule ?

94. — On ajoute, il est vrai, aux considérations ci-dessus, des raisons pratiques. L' « Uti Possidetis », dit-on, se prescrit par un an. L. 1, pr. 43, 17, « intra

annum quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam »; par suite, les troubles postérieurs commis après ce délai ne tombent pas sous son application; un voisin pourra donc impunément troubler à sa guise ma Possession, pourvu qu'il ait chaque fois la précaution d'attendre une année après l'émission de l'Interdit. Il est donc absurde, conclut-on, de prétendre que l'Interdit ne peut servir à obtenir réparation du préjudice dans le passé.

Laissons de côté la L. 1, pr. « Uti Possid. », 43, 17, dont le sens est controversé et que nous retrouverons plus loin. Nous répondrons que les inconvénients pratiques de notre système, du système de Keller et de Schmidt (p. 53 et suiv.), ne sont pas tels qu'on le prétend.

Dans l'hypothèse dont il s'agit, il y aura lieu, pour celui qui est lésé, à une « actio in factum », à une action aquilienne; il n'est pas besoin de l'Interdit, qui n'a pas été créé, croyons-nous, pour répondre aux mêmes besoins.

N'avons-nous pas vu que, de bonne heure, les actions « in factum » ont concouru avec les Interdits ? L'Interdit est une ordonnance comminatoire, voilà tout, un moyen de droit qui permet d'arrêter rapidement les empiètements d'un voisin malhonnête. L' « actio in factum » est un moyen de droit qui permettra d'obtenir réparation pour tout dommage dans le passé, ou contre un plaideur qui ne fera pas de violence sur l'Interdit, qui s'abstiendra une fois l'Interdit rendu.

L' « Uti Possidetis » n'est donc utile et efficace que pour un trouble persistant ou répété, non pour un trouble accidentel et qui ne s'est pas renouvelé.

95. — On insiste, on objecte, que notre théorie a des inconvénients graves. S'agit-il d'un trouble persistant, dit-on, elle ne peut, sous peine de contradiction, faire obtenir de réparation que pour le présent et l'avenir; or, une telle réparation sera souvent incomplète. Mais il faut prendre les moyens de droit tels qu'ils sont. L'Interdit ne fut pas incontestablement un moyen parfait; le Préteur, comme nous l'avons vu, ne

reconnut pas sans hésitation le droit de Possession. On peut donc critiquer en raison les principes qu'il a posés et le remède qu'il a trouvé ; mais nous croyons nos solutions incontestables. D'ailleurs, les « sponsiones », cet élément pénal de l' « Uti Possidetis », soit qu'elles fûssent à la discrétion du demandeur, soit qu'elles fûssent taxées par le magistrat, ne constituaient-elles pas en dernière analyse une sorte de forfait de dommages-intérêts ? Enfin, la partie n'était-elle pas libre de choisir l'action ou l'Interdit, de préférer l'une à l'autre, selon les avantages qu'elle croyait pouvoir en retirer ?

Nous complèterons notre démonstration par l'examen de la L. 9 « De Relig. » (11, 7, Gaius), dont M. Machelard a prétendu tirer un argument décisif en sens contraire.

Ce texte suppose que quelqu'un a été empêché de faire une inhumation là où il avait le droit de la faire. Au lieu de recourir à l'Interdit qui protège la jouissance des « loci religiosi », il prend le parti d'inhumer ailleurs et intente une action « in factum » pour faire constater qu'il était autorisé à utiliser le « locus religiosus » dont on l'a empêché de se servir et pour obtenir toutes réparations convenables.

Mais si nous admettons, dit M. Machelard, qu'au lieu d'inhumer ailleurs il a procédé à un embaumement qui lui a permis de mener à bonne fin la procédure de l'Interdit « De mortuo inferendo » et par suite de faire reconnaître son droit et de faire écarter l'obstacle éprouvé, serait-il raisonnable de prétendre qu'il ne pourra obtenir une indemnité parce qu'il n'y aura pas encore eu d'Interdit émis à l'époque où la dépense a été faite ?

Mais cette argumentation n'a pas la portée que prétend y voir M. Machelard. Que résulte-t-il du texte de Gaius ? qu'on peut intenter une action « in factum » dont l'effet sera d'indemniser du trouble passé et de tous frais ou dommages-intérêts. Or cette action « in factum » est celle que nous reconnaissons nous-mêmes à celui qui a été troublé dans le passé.

Est-elle plus gênante que l'Interdit, exige-t-elle une preuve plus stricte? Evidemment non, puisque dans l'Interdit il faut prouver tout d'abord qu'on est possesseur, qu'on avait le droit d'utiliser les « loci religiosi » dont il s'agit et cette preuve est la même dans l' « actio in factum » dont parle Gaius.

Mais, dit M. Machelard, si au lieu d'inhumer ailleurs on a procédé à un embaumement et qu'on veuille ensuite intenter l'Interdit, il serait absurde de dire qu'on ne pourra obtenir les frais d'embaumement?

Nous répondons que, pour nous, il n'est pas de difficulté, puisque nous avons démontré que l'Interdit, ordonnance préalable et comminatoire, devait toujours être délivré d'une façon distincte de la formule. Je suis empêché d'inhumer dans un fonds religieux auquel je prétends avoir droit? Immédiatement je vais devant le Préteur solliciter l'Interdit. Et alors, de deux choses l'une : ou mon adversaire obéit à l'ordonnance et je puis ensevelir le mort, ou bien il résiste et si je fais les frais d'embaumement, ils sont dus, ils devront entrer dans la condamnation. Mais nous sommes dans une hypothèse bien différente de celle de Keller, car il y a là une « vis » caractérisée, *un trouble actuel* et persistant et non plus un trouble entièrement consommé.

Cette ordonnance dont nous parlons et qui, comme nous l'avons vu, est délivrée sans aucune « cognitio causæ », peut être obtenue dans le plus bref délai. Il y aurait donc maladresse extrême à agir comme le suppose Machelard et à ne pas la demander « ab initio » avant l'embaumement. Si on la demande après, en vertu des principes que nous avons posés, la partie lésée ne saurait obtenir de condamnation en raison de ces frais d'embaumement.

Cette théorie que nous venons de présenter peut s'appuyer sur les termes mêmes dont Gaius se sert dans la loi 9: « Liberum est ei, qui prohibetur mortuum inferre, aut *statim* Inderdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre et *postea* in factum agere, per quam consequitur actor quanti ejus interfuerit, prohibitum non esse ».

Il n'y a donc que deux partis à prendre : ou se servir de l'Interdit sur-le-champ « statim », ou inhumer ailleurs ; si l'on a choisi ce dernier parti, comment pourra t-on agir ensuite, « postea »? — Par l'Interdit? Non, dit Gaius, mais par une « actio in factum » dont l'effet est de faire obtenir une condamnation au « quantum » de l'intérêt *qu'on aurait eu* à ne pas être troublé. N'y a-t-il pas à tirer de cette loi l'argument le plus irréfutable en faveur de notre thèse? (1)

Nous conclurons donc que l'Interdit ne saurait être délivré pour faire obtenir réparation d'un trouble consommé dans le passé et qu'il ne peut entraîner condamnation pour le dommage antérieur à l'ordonnance du Préteur.

Emploi de l'Interdit comme préalable a la Revendication

96.—L'utilité de l'Interdit comme préalable à la revendication nous est attestée par Ulpien, L. 1, § 3 « Uti Pos. », 43, 17 « Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia si inter ipsos contendatur, uter possideat quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc Interdictum remittentur ».

La nécessité de l'Interdit comme préalable à la revendication est donc certaine à l'époque classique quand il y a difficulté sur la Possession intérimaire et qu'on veut agir par la revendication.

C'est ce que nous dit Gaius IV, 148 (2). Mais il va plus loin; l' « Uti Possidetis » et l' « Utrubi » ont, dit-il, été créés dans ce but, « comparata sunt. « Retinendæ Possessionis causa solet Interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere et uter

(1) Cette opposition évidente a échappé complétement à M. Machelard

(2) Justinien. Inst. IV, 15, 5. Théoph. « hoc tit. » ont copié Gaius, sans discernement comme nous le verrons « infrà ».

petere debeat, cujus rei gratia comparata sunt Uti Possidetis et Utrubi ».

Les conséquences qu'on a prétendu tirer de ces textes sont considérables et ne tendraient à rien moins qu'à renverser entièrement la théorie du trouble possessoire que nous avons présentée.

Elles peuvent se résumer en cette double proposition :

A. L' « Uti Possidetis » a été créé pour remplacer les « vindiciæ ».

B. La seule utilité de l' « Uti Possidetis » est de servir de préalable à la revendication.

Nous croyons pouvoir aisément en démontrer l'inexactitude. Dans l'ancienne procédure, nous dit Gaius, IV, 16, en matière d'action réelle, le Préteur accordait à l'une des parties la jouissance provisoire à charge de garantir la restitution de la chose et des fruits. « Postea Prætor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat eumque jubebat prædes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum. (Adde Festus, v. Vindiciæ) ».

Quelles étaient les règles suivies par le Préteur dans cette attribution des « vindiciæ », et de la Possession intérimaire? C'est là un point assez obscur. On sait seulement que les « vindiciæ » devaient toujours être en faveur de la liberté. Le Préteur devait donc statuer d'après certaines règles fixes, si l'on s'en tient à l'analogie. Nous pensons, d'ailleurs, avec M. Ihering, que les « vindiciæ » donnaient seulement *les avantages de fait* de la Possession, non les *avantages juridiques*, c'est-à-dire l'exemption du fardeau de la preuve, comme le soutient Bethman Hollweg, tom. 1, sect. 1, p. 144 (1).

Les « vindiciæ » disparaissent avec le système des « Legis actiones » et l'Interdit les remplace comme moyen de régler la Possession intérimaire. Le rapport

(1) D'après M. Witte, il n'y avait pas lieu à l'attribution des « vindiciæ » quand les parties étaient convenues de fixer la Possession intérimaire, ce qu'elles faisaient par la « deductio quæ fit moribus ». (Sur cette « deductio », v. infrà),

de succession historique des « vindiciæ » et de l'« Uti Possidetis » est donc sur ce point incontestable.

Mais l' « Uti Possidetis » n'existait-il pas déjà avec un caractère plus général? n'y eut-il pas simplement application d'une institution déjà ancienne à un cas nouveau? Nous le croyons fermement.

1° D'abord, il est incontestable que les Interdits sont fort anciens, contemporains certainement des « Legis actiones »; tout se réunit pour le démontrer; la façon dont en parle Cicéron, les « sponsiones », ce mode antique de la gageure, la mention qui est faite par la loi des XII Tables de l'Interdit « de Glande legenda ».

2° Que ces Interdits aient été de bonne heure appliqués à la Possession, cela paraît certain. Sans doute le Préteur dut la protéger d'abord au cas de violence caractérisée et l'on peut penser que l'Interdit « Unde vi » dut être le premier en date. Mais dès que cette Possession fut reconnue et protégée dans un cas, par une suite logique et nécessaire, elle dut être protégée dans les autres. A côté de la violence, il fallut considérer les troubles moins caractérisés, les empiétements, toute « vis » en un mot qui ne constituait pas une dépossession.

3° La formule rapportée par Ulpien « vim fieri veto » et qui est celle de l'Edit, formule probablement très ancienne, démontre encore qu'il ne s'agissait pas d'abord d'une Possession intérimaire à constituer. Si cela eût été, à quoi bon le caractère prohibitoire de l'Interdit?

4° Ce n'est que par une évolution progressive qu'on est arrivé à admettre la « vis ex conventu » dans l'Uti Possidetis. Or une telle « vis » est la seule qui se rencontre quand on emploie l'Interdit comme préalable à la Revendication.

D'ailleurs, l'emploi de l'Interdit était précisément impossible dans les hypothèses où la Revendication était particulièrement importante, c'est-à-dire lorsque le défendeur avait la Possession non vicieuse de la chose et qu'aucun acte hostile à l'égard du demandeur ne pouvait lui être reproché.

5° Enfin à quoi bon toute cette procédure compli-

quée, et surtout quelle serait l'utilité du Judicium Cascellianum? Ne suffirait-il pas de scinder la procédure, de s'en tenir à la « summa licitationis » et à la « stipulatio fructuaria »?

De tout ce qui précède, il résulte que l' « Uti Possidetis » n'a pas été créé pour remplacer les vindiciæ; c'est une instance isolée, complète: « nihil commune habet Possessio cum proprietate ». Cette instance est calquée comme j'ai déjà eu l'occasion de l'indiquer sur l'ancienne procédure des Actions Réelles.

La plupart des commentateurs reconnaissent d'ailleurs que l'Interdit, créé ou non pour préparer la Revendication, fut appliquée à la protection possessoire d'une façon générale. C'est là un point qui, malgré le texte de Gaius, ne saurait sérieusement faire difficulté.

On est bien obligé de reconnaître que l' « Uti Possidetis n'est pas seulement une action préjudicielle à la Revendication. Dans le cas même où il s'agit d'une difficulté entre parties qui se proposeraient de discuter la propriété, n'est-il pas évident que la partie qui a succombé au possessoire peut s'en tenir là? Et si comme le fait remarquer M. Ihering même (p. 75), c'est le propriétaire qui, suivant le cours naturel et normal des choses intente le plus souvent les Actions Possessoires (L. 8. « De vi, 43, 15, quotiens vel non dominus »), comment dire que l' « Uti Possidetis » sera toujours suivi de la Revendication?

Il n'est donc pas nécessaire d'insister sur les nombreux textes qui ne parlent de la Possession qu'en faisant allusion à la propriété. Nous sommes les premiers à reconnaître qu'à l'époque de Gaius, grâce au concours d'actions « in factum » qui tendaient au même but dans le cas d'un simple trouble Possessoire, l' « Uti Possidetis » était surtout employé comme action préjudicielle à la revendication (1).

Mais quand il fut permis au simple détenteur de défendre à la revendication, L. 9 R. V. on ne comprit plus l'utilité de l'Interdit comme préalable à cette reven-

(1) Voir Ihering, p. 72, et les sources qu'il cite.

dication. Aussi Ulpien, L. 1, § 2 et 3, « Uti possid. », 43, 17, ne l'indique-t-il pas comme la principale.

De tout cela il résulte que Justinien et Théophile, en suivant Gaius à la lettre se sont trompés complétement sur l'influence de l'action en maintenue sur la revendication dans le dernier état du Droit Romain.

A l'époque de Justinien sans conteste, l' « Uti Possidetis » n'est plus qu'une action Possessoire indépendante, jamais une action préjudicielle nécessaire et la persistance de l' « Uti Possidetis » dans ces conditions sert encore à démontrer que son utilité à l'époque de Gaius et d'Ulpien devait être plus générale que le § 148 ne le ferait supposer.

De l'Instruction sur l' « Uti Possidetis »

97.—Supposons que l'Interdit a été délivré, les sponsiones prêtées, toute la procédure « in jure » achevée, on est alors renvoyé, nous dit Gaius, devant un juge ou des recuperateurs.

Les règles de l'Instruction quant à la forme, (production de témoins et de preuves, etc.), sont les mêmes que dans toute procédure ordinaire.

Mais quelles sont les régles de fond? Sur quels points doit porter l'examen du juge.

Il doit porter sur le fait même de la Possession. Le juge doit décider lequel des deux possédait au moment de la délivrance de l'Interdit. Instit. § 4, IV, 15, « per id tempus quo interdictum redditur. » Gaius, IV, 166.

Il n'y a pas lieu à se préoccuper de la durée de la Possession dans le passé; pas de condition d'annalité semblable à celle du Droit français. La nature de la Possession du demandeur est indifférente; il n'importe qu'elle soit « justa aut injusta » vis-à-vis d'autres que le véritable possesseur. L. 2, « Uti Possid. », 43, 17. « Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc Interdicto nihil refert. L. 53. « De adquir. poss. », 41, 2. « Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet ». L. 1, § 9, « Uti Possid. Quod ait Præ-

tor in Interdicto, nec vi nec clam nec precario, alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi aut clam aut precario, *si quidem ab alio*, prosit ei possessio; *si vero ab adversario suo*, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere, has enim possessiones non debere proficere palam est (1).

Remarquons qu'il peut déjà être constant en fait que le demandeur possède, si, par exemple, le défendeur, sans contester la Possession, dénie le fait du trouble.

Mais si le défendeur conteste la Possession, le demandeur doit prouver qu'il est possesseur au moment de la « litis contestatio » à l'époque de Justinien IV, 15, § 4; anciennement, au contraire, il fallait avoir possédé au moment de l' « Interdictum redditum. Festus, v° « Possessio. Uti *nunc* possidetis » Gaius IV, 50, 166, Cfr L. 3, § 6 in fine « Uti Possid. », 43, 17.

Il doit, de plus, prouver qu'il était Possesseur pour lui-même, sauf les exceptions du gagiste, etc., c'est-à-dire qu'il doit prouver qu'il avait l' « animus domini. » Quintilien VII, 5, 3. « Ut in sponsionibus... non solum possedisse, sed etiam *nostram* possedisse docere oportebit ».

Mais doit-il prouver sa Possession *non vicieuse?* M. Machelard semble bien le dire, mais il est d'évidence que ce serait contraire aux règles de la preuve, à la nature même de la Possession requise pour l'« Uti Possid. » (L. 2, « hoc tit. »). C'est au défendeur qui allègue les vices à les établir « Reus excipiendo fit actor ».

Dans le cas où la Possession est établie au profit du demandeur, le juge doit ensuite examiner s'il y a « vis contra Prætoris Edictum », c'est-à-dire apprécier le trouble prétendu et c'est naturellement au demandeur d'établir que l'adversaire s'est rendu coupable envers lui de faits portant atteinte à sa Possession.

(1) L'exception est à ce point relative que la loi 3, § 10 « Uti Possid. », nous dit que si l'usurpateur y est soumis, son ayant-cause ne l'est pas, même s'il a acquis de mauvaise foi. « Non videor vi possidere qui ab eo quem scirem vi in possessione esse fundum accipiam. »

98. — B. Mais le défendeur, avons-nous dit, outre qu'il peut discuter les faits de trouble, peut contester la Possession même de l'adversaire ou soutenir qu'il possède lui-même.

Quelles règles suivra le juge dans l'examen de la « defensio ? »

Dans les deux premières hypothèses, il y a ce qu'on appelle « litis contestatio negativa » et, comme nous l'avons démontré, l'Interdit est simple ; il n'y a pas de « controversia de possessione » dans le premier cas, dans le second, il n'y a aucune prétention à la possession posée par le défendeur. Il dit simplement : J'ai commis un trouble, soit ; je ne suis pas Possesseur, j'en conviens ; mais vous ne l'êtes pas plus que moi.

Mais dans le cas où il soutient qu'il possède lui-même, il y a évidemment deux demandes en maintenue et « judicium duplex » puisque le demandeur peut se trouver dépossédé.

Dans ce cas la prétention du défendeur peut se présenter sous deux formes : ou bien il prétend que le demandeur ne possède pas, s'engage à l'établir et à établir en plus qu'il possède lui-même. Ou bien, tout en reconnaissant la Possession du demandeur, il soutient qu'elle est vicieuse à son égard, que son adversaire l'a acquise en le dépossédant, « vi clam aut precario » (1).

L'effet de l'exception « vitiosæ possessionis » qu'il oppose, et qui est de droit contenue dans la formule, est non seulement de faire débouter le demandeur, mais encore de le faire condamner à lui restituer la chose. Gaius IV, 160, § 7 « Instit. » 4, 15. L. 1, § 5 et 9, L. 2, L. 3, pr. § 10 « Uti Possid. » 43, 17. L. 1 § 1, « Utrubi », 43, 31. L. 17 « De precario » 43, 26. L. 3, § 11, « De Itinere », 43, 19.

Quelque chose d'analogue se présente lorsque le propriétaire intente l'Interdit contre celui à qui il a accordé un droit de servitude ou de superficie. Le défendeur n'a pas l'exception « vi clam aut pre-

(1) Gaius, IV, 160-166, L. 1 § 3 « Uti Possid » 43, 17.

cario » mais une exception « doli » L. 3, § 7, « in fine » L. 4, « Uti Possid. », 43, 17.

99. — Et nous n'hésitons pas à penser que le défendeur peut opposer toutes les exceptions autres que les pétitoires, l'exception « pacti conventi » arg. L. 27, § 4, 2, 14, l'exception « rei venditæ non traditae », de manière à se faire absoudre ou à se faire livrer la Possession, car il serait superflu de le forcer à intenter une autre action. L'effet du « judicium duplex » serait dans ce cas de faire « tam adipisci quam recuperare possessionem ». Bien que nous n'ayons rien trouvé sur ce point spécial dans les commentateurs, nous croyons par analogie qu'il peut se faire mettre en Possession. Et d'ailleurs comment condamner sur l'Interdit celui qui prétend simplemênt qu'il a usé de son droit « neminem lædit qui suo jure utitur. » Dans ce sens l'expression « vitiosa possessio » aurait une portée plus étendue que celle qu'on lui prête d'ordinaire.

Quant aux exceptions pétitoires, à cause de la séparation très nette de la possession et de la propriété, elles ne sauraient jamais être invoquées. Il y a deux instances absolument distinctes et séparées qui ne doivent jamais empiéter l'une sur l'autre, c'est ce qui résulte de la L. 12 § 1 « De adquir. Posses. » 41, 2. « Nihil commune habet proprietas cum possessione, cfr. L. 24, 6, 1.

100. — En outre de l'exception « vitiosæ Possessionis », le défendeur peut se prévaloir de la « præscriptio temporalis », de la prescription d'un an, « neque pluris quam (1) quanti res erit, intra annum quo primo experiundi potestas fuerit, agere permittam ». C'est là d'ailleurs, comme nous l'avons vu, un texte controversé ; certains veulent y voir une règle concernant l'appréciation du trouble causé dans le passé, et lisent sans virgule « quam quanti res erit intra annum ».

Mais la formule de l'Edit est commentée (2) dans le sens que nous venons de donner par divers autres

(1) Texte même de l'Edit.
(2) Sic-Machelard.

textes. Paul (Sent. IV. 7, 6), dit en parlant de l'Interdit « De Tabulis exhibendis », qu'on ne peut, en vertu de cet Interdit, agir que dans l'an. Mais la loi 4 « De Interd. », 43, 1, est surtout décisive, car elle pose une règle plus générale « ex quibus causis annua Interdicta sunt, ex his de eo quod ad eum, cum quo agitur pervenit, post annum judicium dandum, Sabinus respondit. (Cfr. L. 3, § 11 « Uti Possid., » 43, 17).

Remarquons qu'il y avait là bien plutôt une *péremption* de l'ordonnance qu'une prescription.

En vertu des principes généraux et jusqu'à concurrence de son enrichissement « in id quod ad eum pervenerit », le défendeur pouvait être poursuivi au moyen d'une « condictio ob injustam causam ». C'était une action qui venait en concurrence avec l'Interdit.

Et l'Interdit même, soumis en principe à une prescription « annale », n'est pas périmé comme le texte cité plus haut nous l'indique *en ce qui concerne l'enrichissement*. Il est perpétuel et le défendeur reste tenu, perpétuellement dans l'ancien Droit, plus tard pendant 30 ans (1), de ce dont il se trouve enrichi au moment de l'instance engagée.

Cette règle générale des Interdits, la L. 35, 44, 7, l'applique aux Interdits possessoires.

Pourquoi cette durée en ce qui concerne l'enrichissement? C'est que les actions possessoires sont des actions « ex delicto » et que les actions pénales honoraires sont « annales », et, comme les actions pénales civiles elles-mêmes, ne sont données contre les héritiers que dans la mesure de leur enrichissement. C'est le grand principe de la personnalité des responsabilités pénales qui s'applique, sauf le tempérament de la loi 206, R. J.

Ces règles sont évidentes pour l' « Unde vi » d'après la formule même (L. 1, Pr. « De Vi, 43, 16). « ... tantummodo intra annum, post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit pervenerit judicium dabo ».

(1) Depuis la Constitution de Théodose le Jeune, qui établit la prescription libératoire de 30 ans, dire de l'Interdit qu'il est perpétuel pour l'enrichissement, c'est dire qu'il dure 30 ans.

Mais, malgré la généralité des autres textes ci-dessus, on les conteste pour l' « Uti Possidetis ».

On se fonde sur l'ambiguité des termes de l'Edit, tel qu'il est rapporté par Ulpien. Pour nous qui croyons, avec Schmidt, qu'il s'agit de la même hypothèse que celle qui est prévue par Paul, qui pensons que l'Interdit est toujours un préalable de l'action et que lorsqu'on dit l'Interdit, on comprend sous ce terme la procédure entière de l'Interdit, il n'y a pas de question.

Il y en a une pour ceux qui disent que Paul, 7, 6, parle d'une péremption de l'Interdit « qu'on laisse pendant un an se rouiller dans le fourreau » et que les mots « quo primum experiundi potestas fuerit » indiquent qu'il s'agit de la prescription de l'action à une époque où le préalable de l'Interdit n'était plus nécessaire, où il n'y avait qu'une seule comparution devant le magistrat (ce qui n'est pas exact du temps d'Ulpien, nous croyons l'avoir démontré).

Ce système conduit ici à de pures subtilités. Voici comment raisonnent ses partisans : Les mots « neque pluris quam quanti res erit... agere permittam » qui se rapportent au « Judicium Cascellianum » encadrent la mention de l'annalité. Donc les mots « intra annum » se rapportent au « Judicium secutorium ou Cascellianum », et on en conclut : L'Interdit, c'est-à-dire la poursuite pénale, la condamnation sur les « sponsiones » sont perpétuels, le « Judicium secutorium » seul est annal.

Cette théorie doit être repoussée sans hésitation. Comment, la partie pénale de l'instance sera perpétuelle et celle qui est « rei persecutoria » sera annale ! Mais c'est le contre-pied des explications et des motifs donnés plus haut. Cfr. L. 35, 44, 7 ; L. 4, 43, 1 ; L. 206, R. J. Or, l' « Uti Possidetis » est une action « ex delicto », comme nous l'avons démontré péremptoirement.

Et cette façon de scinder l'action est tout ce qu'il y a de plus bizarre, de plus contraire à une traduction naturelle. Le terme : « agere » est pris dans un sens

général, cela est d'évidence, et comprend tous les divers « judicia ».

Aussi est-ce avec raison que certains auteurs qui refusent l'action pour enrichissement dans l' « Uti Possidetis », admettent que l'Interdit ne saurait plus être donné après un an, disons une année utile. (L. 39 « De Vi », 43, 16; L. 2, Cod. 8, 4, arg. par analog. pour l'« Uti Possidetis ») (1).

Ce que nous venons de dire de l'annalité opposée au demandeur, faut-il le dire aussi pour l'exception « quod vi aut clam aut precario? » Certains l'ont soutenu en prétendant que ce n'était au fond qu'un Interdit reconventionnel « recuperandæ possessionis » et en s'appuyant sur le caractère de duplicité de l'Interdit.

M. Witte repousse cette manière de voir en s'appuyant sur la L. 1, § 5, « Uti possidet., 43, 17 « *perpetuo* autem huic inerdicto insunt hæc, quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides ».

L'argument ainsi présenté est discutable; c'est avec raison, croyons-nous, que Rudorff (sur Savigny, p. 701, a répondu que « *perpetuo* » s'appliquait à cette circonstance que l' « Uti Possidetis » admet toujours l'exception tandis que l' « Unde vi » ne l'admet pas dans toutes les hypothèses. Il ajoute qu'il serait singulier de faire survivre cette fonction récupératoire de l'Interdit à sa fonction ordinaire.

Nous croyons toutefois devoir nous ranger à l'opinion de Witte en vertu de ce principe général « quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum ». Sans doute la L. 1, § 5 « suprà » ne peut être invoquée dans ce sens; mais nous ne faisons que l'application d'un principe général incontestable. Ce principe reçoit-il échec en raison de la duplicité de l'Interdit? Nous ne le croyons pas. Il y a toujours un défendeur même dans un « judicium duplex »; l'ordre des

(1) Que faut-il entendre par l'enrichissement? Il est évident qu'il comprendra tantôt plus, tantôt moins que la valeur de la possession, mais non point nécessairement cette possession, comme certains l'ont prétendu. (Comp. sur ce point Savigny, p. 450 et p. 469, n° 3).

preuves n'est pas changé. C'est ce que nous essayerons de démontrer dans le paragraphe suivant.

De la Fonction Récupératoire de l'Interdit dans la personne du demandeur

101. — Nous venons de voir quelles exceptions peut opposer le défendeur. Il peut, nous l'avons constaté, au moyen de l'exception « quod vi aut clam aut precario » recouvrer la Possession dont il aurait été dépouillé par le demandeur, mais une question très discutée est celle de savoir si ce même moyen, avec le même effet, peut être employé comme réplique par le demandeur, ce qui revient à dire :

Le Possesseur dépossédé ne peut-il faire servir l' « Uti Possidetis » comme Interdit « Recuperandæ Possessionis »?

Les systèmes abondent. Une premiere opinion évidemment inadmissible et que nous avons écartée d'avance refuse à l'Interdit le caractère récupératoire, même vis-à-vis du défendeur. Le seul effet de l'exception « vitiosæ possessionis » serait de faire absoudre l'auteur du trouble, qui pourrait, s'il le jugeait à propos, intenter à son tour un Interdit « Recuperandæ Possessionis ».

La lutte sérieuse est entre ceux qui reconnaissent dans tous les cas, même pour le demandeur, une fonction Récupératoire à l'Interdit comme Keller, Vaugerow, Witte, Bruns et Machelard et ceux qui, à l'exemple de Savigny, font une distinction, la reconnaissent en faveur du défendeur et la refusent au demandeur.

C'est celui qui, à l'époque classique, nous paraît le plus acceptable.

Tout d'abord il est bien certain qu'en principe l'Uti Possidetis est un Interdit Retinendæ Possessionis, Gaius, IV, 148, l'oppose en cette qualité à l'Interdit. « Recuperandæ Possessionis, à l'Unde vi. (Sic Instit. IV. 15, 2, 4, 6) ».

Un texte d'Ulpien surtout est décisif. L., 1, § 4. « Uti

Possid » 43, 17. « Est igitur hoc Interdictum quod vulgo Uti Possidetis appellatur, retinendæ Posssionis; nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet. Et consequenter proponitur post Interdictum unde vi; illud enim restituit vi amissam possessionem; hoc Interdictum tuetur, ne amittatur possessio. Denique prætor possidenti vim fieri vetat, et illud quidem oppugnat possessorem, hoc tuetur ».

Enfin il n'est pas douteux qu'à l'époque de Justinien la victoire n'appartienne qu'à celui-là qui possède au moment de la « litis contestatio » § 4 « in fine » IV 15. L. « unic. » § 1 « Utrubi » 43, 31, 5.

On invoque en sens contraire : — 1° l'utilité pratique. A quoi bon, dit-on, un double procès puisque le demandeur doit en définitive triompher? Le motif de raison n'est-il pas le même que celui qui fait reconnaître pour le défendeur une fonction récupératoire à l' « Uti Possid? ».

C'est ce que nous contestons. Le demandeur ne peut se plaindre, car il a commis une erreur, et il n'est pas victime d'une injustice car il n'a pas perdu ses autres voies de recours. Que si au contraire celui qui a expulsé par violence son adversaire a, pour comble d'impudence, la témérité d'attaquer sa victime par l' « Uti Possidetis », le droit de défendre au procès dans la plus large mesure, l'équité exigent que le spoliateur soit, sur la même instance, condamné à rendre la Possession. La situation n'est pas certes identique ; le défendeur n'a pas à s'imputer, comme le demandeur dont nous parlons plus haut, d'avoir mal intenté son action; il ne fait que se défendre et sa défense doit avoir la plus complète, la plus entière efficacité.

— 2° Les textes, dit-on, ne répugnent pas à cette solution. Les lois citées plus haut ne font qu'indiquer le caractère général et non le caractère absolu de l' « Uti Possidetis ». Elles n'avaient pas à s'occuper de la fonction récupératoire qui n'est que subsidiaire. Or, il est incontestable que l' « Utrubi », qui est qualifié de « Retinendæ Possessionis » a évidemment, à l'époque de Gaius (IV, 148, 149), un caractère récupératoire. — D'ailleurs,

les textes ne distinguent pas de demandeur ni de défendeur ; c'est une conséquence de la duplicité de l'Interdit et celui-là, nous disent les sources, doit, en définitive, avoir la jouissance dont le droit est supérieur à celui de son adversaire (Gaius IV, 150), L. 3, pr. « Ut. Poss. », 43, 17 (celui qui est « potior in interdicto, superior in Interdicto », dit Ulpien). — La loi 1, § 9, « Uti Possid. » ajoute : « Vitiosam Possessionem non debere proficere palam est (Ulpien). Et ce qui, dit-on, est décisif, la L. 17, pr. « De adquir. Possid. », 41, 2, décide que celui qui a la faculté de se faire restituer la chose doit être considéré comme s'il possédait en réalité. « Si quis vi de Possessione dejectus sit perinde haberi debet ac si possideret, cum Interdicto de Vi Recuperandæ Possessionis facultatem habeat ». La nouvelle Possession n'ayant pu se fonder, dit M. Machelard, l'ancienne Possession est censée durer toujours dans les rapports des deux parties litigantes ». Il n'y a, d'ailleurs, aucune objection à tirer, d'après le même auteur, de l'impossibilité admise d'une Possession simultanée par plusieurs personnes « in solidum », et il ajoute qu'il est évident, sous le système formulaire, que si celui-là qui était resté adjudicataire de la possession intérimaire était un « dejectus », il serait impossible de le forcer à rendre sans absurdité.

— Nous répondrons que les conséquences qu'on prétend tirer de la loi 17 sont absolument forcées ; il y aurait évidemment deux Possessions « in solidum », cela est certain d'après les principes posés dans notre chapitre I^er^, et, d'ailleurs, cette argumentation est formellement contredite par les textes. Le « dejectus » a bien perdu la Possession. Cela est si vrai que la L. 5 « de usurp. et usucap. » 43, 1, de Gaius, nous dit : « Naturaliter interrumpitur usucapio, cum quis de Possessione dejicitur. » Dira-t-on, en argumentant de la fiction d'Ulpien (L. 1, § 9) « Uti Poss. », que l'usucapion continue « perinde haberi debet ac si possideret ? ».

Quant à l'absurdité dont parle M. Machelard, nous avons démontré la différence des deux situations du demandeur et du défendenr. Et qu'on se rappelle que

celui qui est adjudicataire intérimaire est seulement constitué « in possessione », c'est-à-dire détenteur, et que les règles de la preuve ne sont aucunement changées (V. n° 81 suprà).

Qui ne voit, d'ailleurs, qu'on supprime ainsi la nécessité, la portée pratique de l'« Unde Vi » ? On répond, il est vrai, qu'il pourra subsister concurremment avec l' « Uti Possidetis », parce qu'il est plus avantageux, plus ample (voir Machelard, p. 195); que, d'ailleurs, l' « Uti Possid. » est absolument nécessaire pour les personnes qui ne peuvent intenter l'« Unde Vi », le fils de famille contre son père, l'affranchi contre son patron, qui seraient sans cela obligés de recourir à une action « in factum ». Tous ces arguments sont trop spéciaux pour réfuter solidement notre objection.

— Enfin, M. Machelard (p. 197-198), déclare que la théorie qu'il propose est la seule qui puisse justifier la solution donnée par la L. 12, § 1. « De adquir. Poss. », 41, 2. « Nihil commune habet proprietas cum Possessione et ideo non denegatur ei Interdictum Uti Possidetis qui cœpit rem vindicare, non enim videtur possessioni renuntiasse qui rem vindicavit ». — La revendication n'est donnée qu'à celui qui ne possède pas; celui-là qui a revendiqué ne possédait donc pas, et cependant l'Interdit ne lui est pas refusé; c'est donc que l'Interdit peut être donné à une personne qui ne possède pas.

La réponse est fort simple. La L. 9, R. V., 6, 1, indique nettement que la revendication peut être intentée contre un détenteur et les deux lois sont d'Ulpien.

D'autre part, la L. 12, § 1, peut s'expliquer très bien, même si l'on admet que c'est un Possesseur qui a revendiqué. Ce Possesseur croyait ne l'être pas; il intente une revendication; au cours de cette revendicacation, il s'aperçoit qu'il avait la Possession. Ne peut-il abandonner sa revendication pour agir par l'Interdit? Oui, dit Ulpien, car il n'est pas considéré comme ayant renoncé à la Possession par ce seul fait qu'il a intenté une revendication.

— La seule objection sérieuse qui reste donc contre notre théorie, c'est que la *duplicité* de l'Interdit entraîne nécessairement *parité de situation* pour les deux parties.

Mais a-t-elle bien les conséquences qu'on prétend en tirer? Nous ne le croyons pas. Aucun texte n'autorise à donner gain de cause à un demandeur qui ne prouve pas le fait même de la Possession ; tous, au contraire, mettent cette preuve à la charge du demandeur. (Voyez L. 1, § 4 « De Vi », 43, 16). Quant à cette égalité absolue de position qu'on allègue, rien n'est moins exact au fond ; s'il y a « judicium duplex », c'est par suite d'une utilité évidente au cas de « controversia de Possessione »; au cas de simple trouble, au contraire, il est bien évident que le demandeur doit prouver sa Possession si elle est contestée. D'ailleurs, Gaius, L. 13 « De Judiciis », 5, 1 (comp. L. 2, § 1, Commun. divid., 10, 3) nous indique que dans toute instance il y a un demandeur. « In tribus istis duplicibus judiciis... quæritur, quis actor intelligatur quia par causæ omnium videtur? Sed magis placuit eum videri actorem qui ad judicium provocassit » (1).

102. — Telle est croyons-nous la solution à l'époque classique où la possession des immeubles peut être conservée « animo solo » et où l'on paraît être arrivé à une conception assez nette de la dépossession.

Mais dans le droit antérieur à Gaius et notamment à l'époque de Cicéron, nous pensons que la séparation entre les Interdits n'était pas si tranchée. Il semble bien que l'Interdit pouvait être accordé avec effet récupératoire à celui qui avait pu supposer n'être que troublé, tandis que l'instruction établissait qu'il avait été réellement dépossédé par le défendeur.

Nous croyons en trouver la preuve dans le « Pro Cæcina » de Cicéron. (Voir aussi « Pro Tullio », 16 et suiv.)

Ce plaidoyer de Cicéron nous a révélé l'existence

(1) Comp. sur ce point, Machelard, p. 182 et suiv. Savigny, p. 408-410. Carl Albert, 118-119. Mayns, p. 675-676, tome 1, § 89.

d'un phénomène juridique sur la nature duquel les commentateurs sont loin d'être d'accord, la « deductio quæ fit moribus ». Certains voient dans cette éviction symbolique un préalable à la revendication. D'après M. Ortolan, tome 2, n° 1864, les immeubles ne pouvant être saisis manuellement la « deductio quæ fit moribus » remplaça la « manuum consertio » quand le magistrat cessa de se rendre sur le terrain avec les parties. La « deductio quœ fit moribus » serait donc ce qu'Aulu Gelle appelle « ex jure manum consertum vocare » (Nuits attiques, XX, 10). Les parties dans cette opinion se rendaient sur le terrain contesté avec des témoins, il y avait une scéne de violences fictives qui était censée se continuer devant le magistrat.

On peut faire à ce système une décisive objection. Gaius IV, § 17, nous parle bien du fragment de terre qu'on apporte devant le magistrat et sur lequel on fait la « manuum consertio ». Mais il ne parle point de la « deductio ».

Faut-il dire comme certains que la « deductio » est une formalité exigée en plus de la « manuum consertio » comme préalable à la Revendication ?

Rien dans Cicéron ne vient le démontrer. Au contraire, Cicéron dans son « pro Murena », 12, nous décrit une procédure préalable à la Revendication dont il se moque avec beaucoup d'esprit, et qui est très différente de la « deductio quæ fit moribus » du « pro Cæcina ». Il s'agit dans le « pro Murena » d'un départ fictif pour se rendre sur le terrain « Inite viam. Redite viam » dit le Préteur. Dans le « pro Cæcina » au contraire, il s'agit d'un transport réel sur les lieux.

M. Witte (1) croit que c'est un moyen donné aux parties pour fixer la Possession intérimaire par convention avant d'agir par la Revendication. Bruns, p. 42 (Besitzklagen) y voit la « vis ex conventu » de l'« Uti Possidetis ». L'examen des textes au contraire nous a montré que le trouble est constitué par la déclaration

(1) P. 32, p. 48.

solennelle faite sur interpellation du Préteur, une fois l'Interdit émis.

Un point nous paraît certain. La « deductio » n'est pas un préalable à la Revendication « Pro Murena, 12 ; Pro Cæcina, 1. Nisi forte hoc rationis habuit, quoniam si facta vis esset moribus, *superior in Possessione retinenda* non fuisset quia contra jus moremque facta sit..... »

L'effet de la « deductio quæ fit moribus », c'était, nous dit donc Cicéron, de donner ouverture à un Interdit « Retinendæ Possessionis », et le « pro Tullo », ch. 20, nous indique que la « deductio » peut émaner de l'une ou de l'autre partie « Ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur ».

Il semble donc qu'à l'époque de Cicéron, époque où l'incertitude régnait sur la dépossession des immeubles, l'égalité des parties dans l'Interdit était complète. La « deductio quæ fit moribus » avait pour effet de lier l'instance sans que ni l'un ni l'autre fussent considérés comme dépossédés en fait, car d'une part Æbutius prétend qu'il possède et Cecina prétend qu'il n'a pas perdu la Possession (§ 32). — Comme les faits de dépossession étaient très insuffisamment caractérisés, il faut reconnaître que l'Interdit avait une fonction Récupératoire pour tous les deux.

D'ailleurs la « deductio quæ fit moribus » ne se confond pas avec la « vis ex conventu » comme Bruns le prétend. Elle est l'équivalent de la « manuum consertio » dans la Revendication ; quant à la « vis » elle consistera dans le refus des deux parties après l'ordonnance du Préteur, de rentrer dans l'ordre des Possessions.

Observons pour conclure que la « deductio » disparut rapidement comme toutes les vieilles formes symboliques dont on ne comprenait même plus la signification. Ni Gaius, ni les autres Jurisconsultes classiques n'en font mention. C'était une formalité superflue dont la Procédure des Interdits s'était allégée sans pour cela subir aucune altération.

Condamnations sur l'Interdit

103. — Quand la procédure a été instruite d'après les indications que nous venons de poser, le juge prononce sa sentence.

Nous avons déjà vu en examinant les règles de la Procédure générale et les règles de l' « Uti Possidetis » en particulier à quelles condamnations pénales l'Interdit pouvait donner lieu.

Nous résumons sur ce point nos observations. Si celui-là venait à triompher qui était demandeur et avait triomphé sur la Possession intérimaire, il obtenait condamnation contre son adversaire pour les deux éléments pénaux, la « sponsio » et la « restipulatio ». Il était déclaré indemne sur ses « sponsiones » et « restipulationes » propres. Il n'y avait pas lieu à dommages-intérêts, comme nous l'avons vu, puisque les éléments pénaux constituent une sorte de forfait qui devait couvrir le préjudice.

Supposons au contraire que le possesseur intérimaire succombe. Il peut y avoir cinq condamnations différentes en faveur du possesseur définitif :

1° Sur la formule de la « sponsio » de son adversaire.

2° Sur la formule de la restipulation du même adversaire.

3° Sur la « summa licitationis ».

4° Sur la formule du « judicium cascellianum » ou « secutorium » relative à la restitution de la chose.

5° Et par voie de conséquence condamnation aux fruits ; soit concurremment avec la « summa licitationis » en vertu de la « stipulatio fructuaria », soit, par le jugement séparé appelé « fructuarium ». Cette procédure compliquée d'aspect, paraît en somme assez simple si l'on considère que tout découle de la décision du juge par le fait même de la Possession.

Si l'Interdit est simple c'est-à-dire au cas de trouble unilatéral ou bien en raison de cette circonstance que la Possession n'est pas contestée, mais le fait de trou-

ble seul, il n'y aura pas de mise aux enchères de la Possession intérimaire, pas de condamnation sur la « summa licitationis » ni sur les fruits ; il y aura lieu à la simple restitution de la chose, c'est-à-dire à la cessation du trouble, à la remise en l'état primitif (1).

Le but de l'Interdit est-il de faire obtenir comme Savigny le prétend, la réparation de tout dommage causé par le trouble, tant les pertes que les avantages non réalisés, le « damnum emergens » et le « lucrum cessans » ? Il invoque en ce sens, L. 3, § 11, « Uti Possid. », 43, 17, « Quanti uniuscujusque interest retinere Possessionem. Mais on doit dire avec Wiederhold (2), et ceci résulte de toutes nos explications précédentes, qu'il ne saurait s'agir que des dommages causés depuis l'Introduction de l'instance. La défense de la Possession, le maintien du possesseur, tel est l'unique objet de l'Interdit. La loi 3, § 11, dit d'ailleurs « retinere » et non « retinuisse » et nous croyons qu'elle a bien en vue le « judicium secutorium » de Gaius. La L. 3, « De Interd. » 43, 1, confirme cette manière de voir puisqu'elle décide que les fruits ne sont dus que depuis l'interdit et qu'il n'est établi d'exception que pour l' « Unde Vi. — In Interdictis exinde ratio habetur fructuum ex quo edita sunt, non retro », L. 1, § 40 « De Vi », 43, 16. « Ex die quo quis dejectus est fructuum ratio habetur ; quamvis in ceteris Interdictis ex quo edita sunt, non retro computantur (cfr. L. 1, § 4. L. 3, § 11. 43, 17).

Mais quel sera le montant de la condamnation pécuniaire, comment se fera l'appréciation du « quanti interest Possessionem retinere » ? (3) Ce devait être sans doute une *contrainte* assez élevée pour forcer le détenteur à se dessaisir et nous croyons avec M. Machelard, p. 199, qu'une injuste détention malgré le « jussus »

(1) Une question analogue à celle que nous avons traitée à propos du trouble imminent se présente ici. Le juge peut-il ordonner qu'il sera fourni « cautio de non amplius turbando » ? En l'absence de textes on doit décider la négative.

(2) « Das Interd. Uti Possid. », p. 47.

(3) V. L. 3, § 11 « Uti Possid. », 43, 17.

l'eût évidemment constitué en dol et eût autorisé l'application du « juramentum in litem » de la part du vainqueur.

Enfin si l'on suppose que le défendeur a triomphé sur l'exception « quod vi aut clam aut precario », la restitution doit être faite selon les cas, d'après les règles des Interdits « de Vi, de Clandestina Possessione » ou « de Precario ».

Transmissibilité de l'Interdit

104. — L'Interdit étant une action personnelle ne saurait atteindre le tiers-détenteur. « Interdicta omnia, licet in rem concepta, vi tamen personnalia sunt. » On n'aura d'action contre le cessionnaire de l'auteur du trouble que s'il continue le trouble. Il faudra demander une ordonnance nouvelle pour le forcer à modifier l'ordre de choses dommangeable.

Mais quelle sera la situation des héritiers ?

A. — L'héritier de la victime du trouble a-t-il l'Interdit? En d'autres termes, l'Interdit se transmet-il activement ?

On argumente ainsi pour l'affirmative : les lois 35, « De oblig. et act. », 44, 7, L. 4 « De Interd. », 43, 1, L. 44, R. J. combinées prennent bien soin de discuter et de délimiter la responsabilité de l'héritier de celui qui a commis le trouble et l'on peut en induire qu'on suivra les règles des actions qui sont en général transmissibles activement. (Voir Instit. IV, 12, 1) (1).

Q'une telle opinion puisse être exacte à l'époque de Justinien où véritablement l'Interdit est une action ordinaire, nous le reconnaissons.

Mais à l'époque classique, il en est tout autrement :

1° Le Droit Romain ne reconnaît pas de succession des Possessions ; c'est par exception que l'« accessio possessionum » est admise pour l'Usucapion et dans l' « Utrubi »;

2° Si l'héritier, par suite, commence une Possession

(1) Voir Witte, 84 suiv., 123 et suiv.

nouvelle, on ne peut dire qu'il ait été troublé dans cette Possession ;

3° La théorie contraire reconnaît, d'ailleurs, qu'il devrait, dans tous les cas, s'être mis en possession réelle (L. 23, pr. 41, 2, L. 1, § 15, 47, 4), et certains même de ceux qui la soutiennent déclarent que l'héritier dépouillé n'aurait pas le droit d'invoquer la fonction récupératoire de l'Interdit qu'ils admettent dans son auteur (Bourcart, p. 86 (1).

N'est-ce pas déclarer de la façon la plus formelle qu'il recommence une Possession nouvelle, qu'il n'hérite pas de la Possession du « de cujus » ?

B. — Quant à l'héritier de l'auteur du trouble, nous avons déjà indiqué d'avance la solution que nous devions adopter en parlant de l'annalité de l'Interdit.

Nous avons constaté que nous nous trouvions en présence d'une action « ex maleficiis ». Elle n'existera donc contre l'héritier que jusqu'à concurrence de son enrichissement (1).

C'est ce qu'on peut conclure des L. 35 pr. « De Obligat. et Act. », 44, 7, L. 4, « De Interdictis », 43, 1, L. 38, L. 44, R. J. (Voir Witte, 84 et suiv., 123 et suiv.).

Cette solution (que l'Interdit, qui n'est pas transmis activement, est transmis passivement), se justifie d'une façon rationnelle, si l'on considére que l'héritier n'est pas un ayant-cause ordinaire, un tiers détenteur. Il représente la personne du défunt « Sustinet personam defuncti ». Rien de plus naturel donc qu'il soit tenu dans la mesure de son enrichissement. Au point de vue actif, au contraire, il recommence une Possession nouvelle, différente de celle de son auteur, et ce principe certain empêche la transmissibilité.

L'enrichissement, comme nous l'avons déjà remarqué,

(1) « Contra » Witte, qui généralise le principe de la L. 8, § 1, « De Precario, » 43, 26, d'après laquelle la Possession précaire est transmise avec son vice à l'égard de l'héritier du concédant. Cela, d'après M. Witte, doit faire décider qu'en régle générale on hérite de la Possession de son auteur telle quelle. C'est là une erreur. La loi citée est spéciale au « Precarium ».

(1) Le droit canonique, au contraire, établit la responsabilité illimitée de l'héritier.

ne représente pas nécessairement la valeur même de la Possessien.

Une exception est faite d'autre part au cas de Precarium, L. 8.§ 8, « De Prec. », 43, 26 « Hoc Interdicto hæres ejus qui precario rogavit, tenetur quemadmodum ipse ». Le « Precarium » est, en effet, un contrat spécial ; cela est reconnu par ceux-là même qui voient dans l'Interdit de Precario un Interdit possessoire, et ses règles ne doivent pas être généralisées.

— Une difficulté se présente à propos de la transmissibilité de l'Interdit sur la L. 139, R. J. « Omnes actiones quæ morti aut tempore pereunt semel inclusæ judicio, salvæ permanent ».

Y a-t-il, dans ce cas, exception aux règles que nous venons de poser? Nos textes ne nous fournissent aucune indication. Doit-on dire, avec certains commentateurs, qu'il ne saurait y avoir condamnation pénale sur les « sponsiones » et la « summa licitationis », et que le juge ne peut plus prononcer que les « judicia secutoria » ? En ce sens, on invoque par analogie la L. 16, pr. R. V. 6, 1 « Utique autem etiam mortuo homine (l'esclave étant mort), necessaria est sententia propter fructus et partus et stipulationem de evictione ». (Voir Bourcart, p. 88).

Nous ne croyons pas devoir adopter cette solution; l'hypothèse est toute différente ; en vertu de la novation judiciaire produite par la procédure « in jure », nous pensons, au contraire, que l'héritier sera passible de toutes les condamnations, même pénales ; comme aussi, au point de vue actif, il pourra obtenir les mêmes condamnations. Il n'invoquera pas, en effet, son droit de Possession, mais le droit qui a remplacé la Possession de son auteur et qui résulte de la « litis contestatio ». La L. 139, R. J., fait donc, d'après nous, échec aux principes posés ci-dessus en ce qui concerne son hypothèse spéciale (1).

(1) M. Witte se demande si, au cas de transmission de l'Interdit, la formule est modifiée (p. 87). Nous inclinerions à le penser. Ce n'est là, d'ailleurs, qu'un point de détail.

105. — Telles sont les règles principales de l'« Uti Possid. » à l'époque classique.

Sous Justinien, comme nous avons eu, chemin faisant, occasion de le remarquer, elles ont subi de profondes modifications.

L'ordonnance préalable n'a plus besoin d'être rendue.

L'utilité de l'Interdit, depuis la loi 9, R. V., comme préalable à la revendication, a complètement disparu.

La conception du trouble Possessoire a complétement changé, la théorie de la « vis ex conventu » n'est plus telle que nous l'avons présentée.

L'Interdit « Utrubi » avec ses curieuses particularités a disparu depuis un certain temps déjà et Justinien nous dit expressément que l' « Uti Possidetis » est employé pour les meubles comme pour les immeubles, § 4 « Instit. De Interd. » IV, 15. (La L. 1, § 1 « Utrubi » 43,31, est évidemment interpolée car à l'époque d'Ulpien l' « Utrubi » existe encore).

Enfin l'élément pénal n'existe plus, toute la procédure sur les « sponsiones », la procédure de l'Interdit double dont nous parle Gaius ; tout cela a été remplacé par la « cognitio extraordinaria » qui est devenue la règle générale de tous les jugements.

On peut donc dire qu'à part le terme traditionnel d' « Uti Possidetis », il ne reste plus rien de l'ancienne Action Possessoire. Il n'y a plus au fond qu'une variété d' « actio in factum » donnée au possesseur d'une chose mobilière ou immobilière pour le protéger contre les faits de trouble qui viennent porter atteinte à sa libre possession.

---

§ 2. — De l' « Utrubi »

106.— Le second Interdit « Retinendæ Possessionis » à l'époque classique est l'Interdit « Utrubi » (1).

La formule de l'Interdit nous est rapportée dans un texte évidemment interpolé. L. « Unic. Utrubi », 43,

(1) « Utrubi » ou « Utribi » veut dire proprement : Dans lequel des deux endroits (Plaute).

31 « Prætor ait, Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat vim fieri veto ».

Le compilateur Byzantin a conservé aussi une mention d'annalité qui n'est plus prise en considération sous la législation de Justinien, § 4 « in fine Inst.» IV, 15.

Gaius IV, § 160, nous donne une autre formule plus complète : « Utrubi hic homo, quo de agitur, *apud quem* majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat vim fieri veto ».

L'Interdit « Utrubi » est donc l'action possessoire en matière de meubles, action que nous ne connaissons pas en droit français et fort justement, car ainsi que le dit Pothier, la Possession des meubles n'est guère douteuse. Remarquons d'ailleurs que l' « Utrubi » ne semble pas avoir eu chez les Romains une importance pratique considérable. Gaius en parle avec une extrême brièveté et il se fondit d'assez bonne heure dans l' « Uti Possidetis » dont il empruntait en général toutes les règles sauf les exceptions que nous allons examiner.

L' « Utrubi » nous dit Gaius, IV, § 160, est comme l' « Uti Possidetis » un Interdit prohitoire et double.

Mais la procédure était-elle absolument la même que celle de l' « Uti Possidetis » ?

Le silence de Gaius peut le faire supposer. La raison de douter c'est que la procédure se présente en pure logique sans les complications nécessitées par la nature même de la Possession des immeubles.

Qu'il y ait eu des « sponsiones » cela est d'évidence, c'est la caractéristique de toute procédure sur un Interdit prohibitoire.

Mais y avait-il « summa licitationis » et adjudication intérimaire de la Possession avec toutes les conséquences signalées plus haut? (n° 81 et suiv.) Certains en doutent, car le texte n'en dit rien, et d'autre part, la Possession exclusive de l'une des parties au moment du procès est certaine et il n'y a pas à craindre les mêmes rixes que dans l' « Uti Possidetis ». Une

telle différence de situation ne doit-elle pas entraîner une solution différente ?

M. Machelard pense au contraire (p. 226-227), que la « summa licitationis » et la stipulatio fructuaria » doivent se rencontrer ici. On peut argumenter en ce sens de la fonction récupératoire de l'Interdit qui en fait une véritable action en revendication de la Possession.

En l'absence de textes, il est bien difficile de décider ; nous penchons toutefois vers la dernière opinion ; il est probable qu'au § 161, avant d'arriver à l' « Uti Possidetis », Gaius faisait un renvoi pour l' « Utrubi ».

La formule ne parle pas comme celle de l' « Uti Possidetis » des exceptions « quod vi aut clam aut Precario ». Mais Gaius, § 150, nous dit qu'elles n'avaient pas besoin d'être indiquées expressément « idque satis ipsis verbis interdictorum significatur (adde Paul Sent. V, 6, 1). Potior est qui... nec vi nec clam nec precario possedit ». C'est un point hors de doute et il n'était pas besoin de demander au Préteur que cette exception « vitiosæ Possessionis » fût expressément insérée.

De la « Major Pars anni » et de l' « Accessio Possessionum »

107.—Celui-là l'emporte sur l'« Utrubi » qui a possédé « majore parte ejus anni », dit Gaius « majore parte anni retrorsum numerati », dit Paul. Il s'agit donc ici de l'année actuelle de jour à jour et non de l'année légale.

D'ailleurs, il ne faut pas prendre ces mots dans un sens littéral et absolu. N'eussiez-vous possédé que quelques jours, cela est suffisant contre un adversaire qui a possédé moins de temps encore. L. 156, De Verb. Sign., 50, 16. Ces textes indiquent donc seulement que pour agir utilement vous devez le faire avant que la Possession de votre adversaire comparée à celle que vous avez eue depuis un an ne soit plus longue et que son droit ne soit pour ainsi dire consolidé. Ainsi vous avez

possédé six mois ou plus et vous venez à être dépossédé, vous pouvez agir tant que votre adversaire n'a pas une Possession de plus de six mois ; ou bien vous possédez depuis moins de six mois ; il faut pour que vous perdiez la protection de l'Interdit que l'adversaire ait possédé pendant une période plus longue que celle de votre Possession.

Vous l'emportez aussi sur un Possesseur qui a la chose depuis plus longtemps que vous ne l'avez eue, mais dont la Possession est vicieuse à votre égard.

— Bien que, d'ailleurs, vous n'ayez possédé que pendant quelques jours, l'adversaire peut ne voir sa Possession consolidée qu'après un délai de plus de six mois ; c'est lorsque vous pouvez joindre à votre Possession celle de votre auteur, que vous lui ayez succédé à titre universel ou à titre particulier.

C'est l'application de l' « accessio possessionum », particulière à notre Interdit et dont parle Gaius IV, 151.

Mais, pour avoir droit à l'« accessio Possessionum », il faut une Possession personnelle, si courte soit-elle. C'est ainsi que l'héritier ne saurait se prévaloir de la Possession du « de cujus », qu'autant qu'il s'est mis matériellement en possession. Ulpien nous le dit expressément L. 13, § 4 « De adquir Poss. », 41, 2, en rapportant une controverse sur ce point.

Ce texte, d'ailleurs, nous montre bien, puisque la Possession est interrompue, qu'il n'y a pas là succession à la Possession de l'auteur, mais jonction de deux Possessions dans un cas particulier par le bénéfice de la loi. Cette accession existait aussi en matière d'usucapion.

Mais il importe de les distinguer soigneusement. L. 16 « De Usurp. », 41, 3. (Comp. l'explication que nous avons donnée de la L. 46, « De Donat. inter vir. et uxor. »,24, 1. « Inter virum et uxorem nec Possessionis ulla donatio est » ch. I[er], p. 37). Adde, L. 1, § 7, « De adquir. Poss., » 41, 2.

C'est donc vainement que Pothier essaie d'adapter la L. 13, § 5 « de adquir. Poss. », 41, 2, à la théorie de l'usucapion.

Cette loi, qui parle de l'accession au cas d'« Utrubi », l'admet, non-seulement à l'égard de la Possession « quæ morti fuit injuncta », mais encore à l'égard de celle « quæ unquam testatoris fuit », pourvu, d'ailleurs, que cette Possession soit dans les conditions de temps nécessaire.

Pour l'usucapion, au contraire, il fallait que la chose n'eût pas été, dans l'intervalle du décès jusqu'à l'appréhension de l'héritier, possédée par un tiers, sans quoi l'héritier ne profitait point de l' « accessio Possessionum », L. 20 « De Usurp. », 41, 3.

Caractère récupératoire de l' « Utrubi »

100.— Il résulte de ce qui précède que l'Interdit est accordé contre un Possesseur qui, si l'on considère l'année écoulée, a possédé pendant une période moins longue que la vôtre. Il n'importe que l'on soit en Possession actuelle, tel est le sens très net de la formule.

L'Interdit était donc à l'époque classique, non-seulement prohibitoire, mais restitutoire et récupératoire. En logique pure, on eût donc dû le mettre dans une classe à part.

La conclusion qu'il faut tirer de cette règles, c'est que l'ancienne législation romaine admettait fort nettement en matière de meubles un « jus possessionis » survivant à la perte de la détention et qu'elle avait constitué une sorte de revendication de la Possession dans le cas qui nous occupe.

Cette solution, toute spéciale, s'explique par ce fait que la propriété des meubles ne se constate et ne se prouve le plus ordinairement que par la Possession. La revendication en est souvent périlleuse, car il est très difficile de prouver sa propriété sur un objet mobilier, surtout si on le possède, si on l'a acquis depuis longtemps. Partant de cette idée et aussi entraînés par cette considération que la dépossession en matière de meubles n'est le plus souvent constante qu'en présence du refus que nous subissons quand nous réclamons restitution à un tiers, qui pouvait très bien exercer un

pouvoir sur la chose, sans qu'on en pût induire nécessairement l'« animus domini », le Droit romain a essayé d'organiser, au moyen de règles spéciales, une protection efficace de la possession des meubles. Il est d'évidence, d'ailleurs, que les règles suivies pour les immeubles n'étaient pas suffisantes. Le Droit français a essayé de donner satisfaction à la même nécessité pratique, mais d'une autre manière (art. 2279).

Telle est, selons-nous, la vraie portée de l'« Utrubi », telle qu'elle résulte évidemment de la formule. Aussi doit-on s'étonner que certains commentateurs (notamment Meischeider, Besitz, p. 449) aient prétendu que pour triompher sur l'Interdit, il fallait avoir la Possession actuelle. On se fonde dans cette théorie sur la qualification de notre Interdit « Retinendæ Possessionis » et sur un texte de Paul V, 6, 5, qui nous dit que pour recouvrer la Possession d'un navire, on a une action semblable à l'action « Vi Bonorum raptorum. De Navi vi dejectus, hoc interdicto (De Vi) experiri non potest, sed utilis ei actio de rebus recuperandis exemplo judicii vi bonorum raptorum datur, idemque dicendum est de eo qui carruca aut equo dejicitur ». On ajoute qu'Ulpien n'indique pas l'« Utrubi » comme concourant avec l'« Unde Vi » ou le remplaçant pour les « res mobiles ». L. 1, § 6 « De Vi », 43, 16. « Illud utique in dubium non venit Interdictum hoc (Unde Vi) ad res mobiles non pertinere, nam ex causa furti, vel vi bonorum ruptorum actio competit; potest et ad exhibendum agi. »

Mais quelle hypothèse visent ces lois ? Elles parlent d'un « dejectus ». L'Interdit « Unde Vi » ne s'applique pas aux meubles et on agira dans l'hypothèse de la « dejectio » des meubles par l'« actio furti », par l'« actio Vi Benorum raptorum », par l'« actio ad exhibendum ». En quoi cela démontre-t-il d'une façon décisive que celui qui a été dépossédé n'aura pas l'« Utrubi » ? La seule chose qui soit démontrée par ces textes, c'est le concours, déjà constaté à plusieurs reprises, de diverses actions avec les Interdits.

Ils ne parlent pas de l'Interdit, mais ils ne le repous-

sent pas formellement. Dira-t-on qu'ils sont limitatifs et non pas énumératifs ? Cela nous paraît impossible.

Nous croyons en effet que si Ulpien ne mentionne pas l'« Utrubi », c'est qu'il s'agit d'une dépossession par violence et cela ne veut-il pas dire : Pour celui qui a été dépossédé par violence, l' « Utrubi n'a pas besoin d'être indiqué ; il existe sans difficulté, mais il ne fait obtenir que la restitution ; si l'on veut avoir davantage, il faut agir par les actions ci-dessus.

D'ailleurs, il semble bien, d'après Savigny, que la loi 7, cod. 8, 4, soit venue étendre l'Interdit « De Vi » aux meubles. Mais c'est là une question controversée que nous retrouverons au chapitre suivant, n° 121.

Enfin, en mettant ce texte de côté et sans prétendre, comme certains auteurs, que l' « Utrubi » a persisté jusqu'à Valentinien et Théodose, et en constatant, d'autre part, que le remède eût été bien tardif, puisque la loi 7, au code 8, 4, est de l'an 389, on peut dire que la fonction récupératoire de l'Interdit est établie par la formule même rapportée par Ulpien et Gaius et par le texte de Paul qui nous dit que les Possessions doivent être comptées « retrorsum ».

Il serait, d'ailleurs, contraire au bon sens de prétendre que le Droit romain ait attendu si tard pour donner au Possesseur d'un meuble le moyen de recouvrer sa possessiou perdue par violence et puisque l' « Utrubi » est en définitive la seule action qui puisse faire recouvrer la possession d'un meuble perdu sans violence, hypothèse pour laquelle les actions ci-dessus, qui ont leurs règles particulières, ne sauraient toujours concourir utilement, la fonction récupératoire est indispensable.

109.— Ces considérations seraient à elles seules suffisantes, mais la découverte des « Vaticane Fragmenta » a porté un coup décisif à la doctrine que nous condamnons (§ 293). Il s'agit de la loi Cincia « De Donationibus » qui décidait que la donation n'était parfaite que si l'on s'était réellement dessaisi. Pour les immeubles, la simple tradition s'il s'agit de fonds provinciaux ; pour les autres, la mancipation, avec tradition, consommaient la

donation. Pour les meubles, l' « exceptio rei donatæ et traditæ » ne triomphait que si l'on ne se trouvait plus sous le coup de l' Utrubi », c'est-à-dire si l'on avait possédé plus longtemps que le donateur dans le courant de l'année précédente.

Ici, sans difficulté, l' « Utrubi a pour effet de faire reprendre au donateur une Possession perdue. Comp., § 311 (eod. loc.).

110.—On voit combien l'« Utrubi » présentait à l'époque classique un caractère original. Mais ce véritable « jus in re » qui s'écartait trop de la conception ordinaire de la Possession, a disparu depuis un certain temps déjà à l'époque de Justinien. (Voir L. 1, § 1, « Utrubi »). 43, 31, que Justinien attribue à Ulpien ; mais à l'époque d'Ulpien, presque contemporain de Paul, il est certain que l'« Utrubi » existait encore. (Adde, § 4. « Instit. », IV, 15, et Théophile « loc. tit. »).

Il se fondit dans l' « Uti Possidetis » et perdit sa fonction récupératoire et son caractère de réalité qui formaient son caractère propre. Ce n'est donc plus, sous Justinien, qu'un souvenir historique.

CHAPITRE V

DES INTERDITS « RECUPERANDÆ POSSESSIONIS »

§ *1er*. — *Des Interdits « De Vi »*. — 111. Historique. Divers Interdits « De Vi ». — 112. De l'ancien Interdit « De Vi Armata ». Comparaison de sa formule avec celle de l'Interdit « De Vi quotidiana ». — 113. Particularités de l'Interdit « De Vi armata ». *a*. Controverse sur la qualité du « dejectus ». Examen du « pro Cæcina » sur ce point. — 114. *b*. Il n'est paralysé par aucune exception. Cette règle est celle de l'Interdit unique de Justinien. — 115. *c*. Il est imprescriptible. — 116. *d*. Il est donné au descendant contre l'ascendant, à l'affranchi contre le patron. Conclusion. — 117. De l'ancien Interdit « De Vi quotidiana » devenu l'Interdit unique « De Vi et Vi armata » de Justinien. Généralités. — 118. Conditions de l'Interdit. Formule de l'Interdit. — 119. A quels biens il s'applique à l'époque classique. — 120. Quelles actions le remplacent pour les meubles? — 121. Fut-il étendu aux meubles par la loi 7, cod. « Unde Vi », 8, 4, comme le prétend Savigny? Controverse. — 122. Dès l'époque classique, il s'appliqua, par voie de conséquence, aux meubles qui se trouvaient sur le fonds ou dans la maison. — 123. A qui appartient l'Interdit? Au Possesseur seul, non au détenteur.— 124. Innovation, en faveur des absents, de la L. 1, cod. « Si per vim », 8, 5. — 125. De la « dejectio ». — 126. De la « vis atrox ». — 127. Examen des diverses espèces de violence. — 128. Divergence des textes sur la crainte de la violence. — 129. De la résistance à la violence « in ipso congressu ». — 130. Du défendeur sur l'Interdit : l'auteur même de la violence qu'il ait expulsé seul ou inspiré l'expulsion. — 131. De l'expulsion par le « Procurator » ou la « Familia ». — 132. Il n'est pas nécessaire que l'usurpateur possède encore. — 133. De l'immunité du tiers-détenteur. Quelle restriction y apporte le concours de l'action « quod metus causa » avec l'Interdit. — 134. Des héritiers et successeurs. — 135. But de l'Interdit. Restitution de l'immeuble. Condamnations. — 136. Restitution des accessoires. — 137. Des fruits. — 138. « Juramentum Zenonianum ». — 139. Des exceptions qui peuvent être opposées. Suppression de l'exception « vitiosæ Possessionis ». — 140. De la Prescription. Renvoi pour l'enrichissement à l'« Uti Possidetis ». — 141. Des autres exceptions.

§ *2*. — *De l'Interdit « De Precario »*. — 142. Observations générales. — 143. L'Interdit « De Precario » est-il un Interdit Possessoire ? Généralités sur le « Precarium ». — 144. Argumentation de Savigny pour établir le caractère possessoire de l'Interdit. — 145. Réfutation. Conclusion.

§ *3*. — *De l'Interdit « De Clandestina Possessione »*. — 146. Fondement et utilité de cet Interdit. — 147. Raisons qui l'ont fait disparaître.

§ 1er. — De l'Interdit « Unde Vi » ou « De Vi »

111.—Le principal Interdit récupératoire est l'Interdit « Unde Vi » ou « De Vi ». C'est le seul dont parle Justinien aux Institutes « De Interdictis ». Nous verrons même qu'à l'époque impériale, après la disparition de l'Interdit « De Clandestina Possessione », c'est le seul Interdit récupératoire, si l'on refuse le caractère d'Interdit purement possessoire à l'Interdit « De Precario », et si l'on n'admet point l'existence de l' « Interdictum momentariæ Possessionis, de l'ancien « Interdictum Possessorium generale » de Cujas, dont Ihering, parmi les commentateurs modernes, a soutenu l'existence.

L'Interdit « Unde Vi », fait l'objet du titre 16, livre 43, au Digeste « De Vi et Vi armata ».

Cette rubrique indique bien la fusion de deux Interdits distincts que nous rencontrons encore avec leurs règles différentes à l'époque de Gaius et de Paul.

D'autre part, il importe de remarquer que l'Interdit unique de la dernière époque impériale diffère sensiblement de l'Interdit « De Vi » de l'époque de Gaius. C'est un Interdit nouveau qui a emprunté certaines règles à l'Interdit « De Vi quotidiana », certaines autres à l'Interdit « De Vi armata ».

Aussi distinguerons-nous ces trois formes de l'Interdit et chercherons-nous à bien marquer les phases de leur évolution historique.

De l'Interdit « De Vi armata »

112.—A l'époque de Cicéron, il y a deux espèces d'Interdits de Vi « Ad duas dissimiles res duo disjuncta Interdicta sunt. (Pro Cœcina, 31, 32, pro Tullio, 44, In Verrem II, 1, 19) ». Il distingue l'Interdit « De Vi armata » et l'Interdit pour violence grave ordinaire « De Vi quotidiana ». Ces deux Interdits doivent se fondre dans la suite en une seule action, mais postérieurement aux jurisconsultes classiques, car Gaius et Paul nous donnent des détails séparés sur tous les deux. (Gaius IV, 154 et suiv.; Paul, Sent. V, 6, 5).

Nous étudierons d'abord l'Interdit « De Vi armata », qui nous est bien connu, surtout grâce au « pro Cæcina » de Cicéron.

Nulle part, nous ne trouvons une formule complète de cet Interdit, mais Cicéron va nous fournir les éléments nécessaires pour la reconstituer.

En effet, dans le « Pro Cæcina » 8, il nous apprend que le Préteur Dolabella a rendu contre Æbutius l'Interdit « De Vi, hominibus armatis, sine ulla exceptione, tantum ut inde dejecisset restitueret »; au § 19, nous voyons le préambule « Unde tu aut familia aut procurator tuus (dejecit) »; au § 21, alin. 1 « hominibus coactis » et à l'alinéa 2 « armastive ».

Ce qui nous donne la rédaction probable qui suit : « Unde tu, Numeri Negidi, aut familia tua, aut Procurator tuus Aulum Agerium, aut familiam, aut Procuratorem ejus, vi hominibus coactis armatisve dejecisti, Q. D. R. A., sine ulla exceptione tantum ut unde dejecisti, restituas ».

Si l'on compare cette restitution à celle qui est proposée pour l'Interdit « De Vi quotidiana », par Vangerow (Lehrb. der Pandect., tome III, § 690, obs. 1), on verra la différence des deux Interdits à l'époque classique « Unde tu, N. N. aut familia tua, aut Procurator tuus *in hoc anno* A. A., aut Procuratorem ejus, vi dejecisti, Q. D. R. A., *cum A. A. possideret quod nec vi, nec clam nec precario a te possideret, eo restituas* ».

On peut remarquer que dans la formule de l' Unde Vi armata », citée plus haut, on n'ajoute pas, comme pour l'Interdit « De Vi quotidiana, cum Aulus Agerius possideret », et nous voyons que Cicéron « pro Cæcin.», 31, 32, soutient que l'Interdit « De Vi, hominibus armatis », n'exigeait pas la Possession.

Quelle est la situation dans laquelle se trouve Cæcina? Il prétend, comme héritier de Césennia, sa femme, à un immeuble dont Ebutius lui dispute la Possession. Il a été convenu entre eux que Cæcina se présentant, il serait « deductus », selon les formalités d'usage. C'est la « deductio quæ fit moribus », dont nous avons parlé plus haut (n° 102).

Dans ce cas, nous dit Cicéron, lorsqu'une partie aperçoit, même de loin, des gens armés, elle se retire dès que les témoins ont signé et peut engager un procès contre la partie adverse « per sponsionem, ni adversus edictum prætoris vis facta esset », n° 16.

Nous avons conclu qu'on se fût alors trouvé dans l'hypothèse de l'« Uti Possidetis » double.

Malgré la convention, que fait Ebutius? Au lieu de se prêter à la « deductio quæ fit moribus », il garnit de gens armés toutes les avenues qui conduisent au domaine en litige et quand Cæcina se présente avec ses amis, il le reçoit à la tête d'une bande armée de bâtons et de glaives.

Cæcina est obligé de se retirer ; il a recours au Préteur Dolabella, qui rend l'Interdit dans les termes que nous avons indiqués.

La violence est certaine; elle n'est même pas contestée sérieusement. Ebutius soutient seulement qu'il n'est pas dans les termes de l'Interdit : « Non dejeci, si non sivi accedere ».

Et voici l'argumentation de Cicéron. Il serait absurde de prétendre qu'on n'a pas de recours contre une telle violence, l'action pour outrages serait insuffisante.

Il ajoute que la rédaction de l'Interdit « De Vi armata » ne contient pas, comme celle de l'Interdit de « Vi quotidiana » la mention « quum ille possideret ».

C'est donc sur cette argumentation de Cicéron que s'appuie la théorie qui prétend que *la simple détention* suffit pour donner droit à l'Interdit « De Vi armata ». Il y a un « a fortiori », car Cæcina ne detenait même pas, à ce qu'il semble. Il y aurait donc, comme par la suite sous le Bas-Empire, perte de la Possession à titre de peine pour cause de violence.

Cette théorie, soutenue par certains auteurs en droit français et par la Jurisprudence à l'occasion de la Reintégrande, était celle de Cujas (Interpret. in Paul Sentent. (L. V, 6, § 6, et sur la loi 18 « De Vi », livre XXVI. Quæst Papin).

Elle est repoussée par ceux qui estiment, avec Savigny, que Cicéron perdit son procès (Comp. Machelard,

p. 237). Nous inclinons aussi à penser que l'argumentation de Cicéron n'a pu triompher et qu'il ne s'y étend d'ailleurs, avec tant de complaisance, que comme sur un moyen de fait bien plus que de droit. Car, subsidiairement et très énergiquement, il cherche à établir que Cécina a possédé, en effet, et qu'il doit obtenir satisfaction en toute hypothèse « Cesenniam possedisse propter usumfructum non negas » (32). Or, quand Æbutius s'est emparé de la terre, elle était tenue par un fermier, en vertu d'un bail consenti par Césennia. Donc Cecina aux droits de Cesennia possède. Tel est le fondement de sa seconde argumentation.

Il est donc difficile de savoir s'il a gagné ou perdu son procès. Quoi qu'il en soit, l'examen du texte de Gaius nous montre qu'il faut, même au cas de violences armées, un Possesseur, non un simple détenteur et une Possession proprement dite (IV, 154 et suiv.).

114. — B. Une particularité de l' « Unde Vi armata » et qui est devenue la règle générale à l'époque de Justinien, c'est qu'il est impossible de le paralyser par aucune exception « sine ulla exceptione », dit le Préteur « (pro Cœcin., 8, cfr. pro Tullio, 44, pro Cœcin., 32, Epist. ad famil. VII, 13 »). Cette règle est aussi indiquée par Gaius IV, 155. « Interdum tamen etiam ei quem vi dejecerim, quamvis a me aut vi, aut clam, aut precario possideret, cogor restituere possessionem, velut si armis eum dejecerim ».

Au cas de « vis quotidiana », au contraire, l'exception « vitiosæ possessionis », devait à l'époque classique être insérée dans l'Interdit. Cic. Loc. cit. Gaius IV, 154. Paul Sent. V, 6, 7.

115. — C. Quid de l'exception résultant de la prescription ? Elle était aussi écartée par le Préteur « sine ulla exceptione », dit la formule, et cela est confirmé par un passage de Cicéron « Epist. ad Famil. », XV, 16 « In hoc Interdicto non solet addi : in hoc anno » (1).

116. — D. Il y avait encore une autre différence entre les deux Interdits, sur le point de savoir entre quelles

(1) On pressent la maxime « spoliatus ante omnia restituendus ».

personnes ils pouvaient être délivrés. Et tandis que l'« Unde Vi quotidiana » est refusé au descendant contre son ascendant, à l'affranchi contre son patron (L. 2, L. 7, § 2 « De Obseq. parent. », 37, 15), il en est différemment, nous dit Ulpien, si l'ascendant ou l'affranchi ont exercé la violence « cum armis. — Interdictum hoc, quia *atrocitatem facinoris* in se habet, quæsitum est, an liberto in patronum, vel liberis adversus parentes competit? Et verius est nec liberto in patronum, nec in parentes liberis dandun esse; meliusque erit in factum actionem his competere; *aliter* atque si vi armata usus sit adversus libertum patronus, vel adversus liberos parens ». (De Vi, 1, § 43).

Il y aura donc lieu seulement à une « actio in factum ». Ulpien donnait la même solution au cas d' « actio de dolo malo », L. 11, « De dol. mal. », 4, 3. et c'est, selon lui, parce qu'elle est « famosa ». Cette solution, dit-il, est de Labéon et l' « actio in factum » devra être, par suite, tempérée dans la formule « verbis temperanda (ut bonæ fidei mentio fiat »).

Ici, nous n'avons pas une action « famosa », puisque le même Ulpien nous déclare, L. 13, De Vi : « Neque Unde Vi neque aliud Interdictum famosum est », et L. 32, « de Pœnis », 48, 19 : « Si præses vel judex ita interlocutus sit : vim fecisti, si quidem ex Interdicto non erit notatus..... »

Il y avait néanmoins une raison de convenance qui empêchait d'admettre « in terminis » la « vis » de la part de l'ascendant ou du patron, à cause de l'« atrocitas facinoris » qu'elle renferme, imputation grave et de nature à nuire à la considération du défendeur. On tempérait donc les termes de l' « actio in factum », de manière à ne pas faire ressortir la violence simple qui émanait de l'ascendant ou du patron. Mais pour la violence en armes qui constitue un crime, on rentrait dans le droit commun.

Le patron et l'ascendant, grâce à la rédaction mitigée de l'« actio in factam », échappaient aux peines de la loi « Julia de Vi privata »; ils n'échappaient pas, au

cas de « vis armata », à la loi « Julia de Vi Publica » (1).

En effet, et ceci va encore constituer une différence entre l'Interdit de « vi armata » et l'Interdit de « vi quotidiana », la violence, suivant son caractère de gravité, donnait lieu à des « judicia publica » différents. (Inst. § 6 et § 8, IV, 15).

Y avait-il eu « dejectio cum armis », le coupable encourait la peine de la déportation édictée par la loi « Julia de vi publica ». Au contraire, si l'on en était tenu à une « dejectio sine armis », il y avait seulement confiscation du tiers des biens par l'application de la loi « Julia de vi privata ».

Ces deux dernières distinctions entre l'Interdit de « Vi armata » et l'Interdit « de Vi » ordinaire se rencontrent encore dans la législation de Justinien, mais l'imprescriptibilité de l' « Unde Vi armata » a disparu, la formule a perdu son originalité pour se fondre dans celle de l'Interdit de « Vi quotidiana », dont elle emprunte les conditions ; d'autre part, la règle que l'exception « vitiosæ possessionis » ne saurait être opposée dans l' « Unde Vi armata », alors qu'elle peut l'être dans l'autre Interdit », est devenue, sous Justinien, la règle générale.

De l'Interdit de « vi quotidiana » de l'époque classique, devenu l'Interdit « De Vi et Vi armata » a l'époque de Justinien.

117. — L'Interdit de « Vi quotidiana » est devenu l'Interdit « De Vi » et « Vi armata » de Justinien. C'est un Interdit unique, bien qu'on retrouve à notre titre des traces sensibles de l'ancienne division ».

A l'opposé de l' « Uti Possidetis, l'Interdit « Unde Vi »

(1) Il n'y a pas corrélation absolue entre la violence de l'Unde Vi et la violence des lois Juliæ. Toute violence était punie quel qu'en fût l'objet, mais toute violence ne donnait pas ouverture à un Interdit De Vi.— D'autre part, à l'origine, l'action criminelle n'était pas préjudicielle à l'Interdit De Vi ; ce qui était contraire à la règle que la solution de la question la moins grave ne doit pas préjuger la solution de la question la plus grave. L'empereur Antonin le Pieux revint aux vrais principes en décidant qu'on ne pourrait intenter l'Unde Vi qu'après le Judicium publicum De Vi (L. 5, § 1. Ad Leg. Jul. De Vi public. 48, 6).

était *simple* et chaque partie avait un rôle bien défini de demandeur et de défendeur. Nous n'avons pas à nous étendre sur la procédure à l'époque classique ; nous l'avons expliquée dans notre chapitre III ; nous nous contenterons de rappeler qu'au lieu d'agir « per sponsionem », on pouvait demander un « arbitrium » avant de quitter le magistrat et qu'alors la procédure avait lieu « sine pœna et periculo ». Il faut remarquer qu'à l'époque de Justinien, la formule préalable n'a plus besoin d'être rendue ; on peut donc dire qu'une partie des indications du Digeste sur la formule n'a qu'un intérêt historique.

118.—Nous avons indiqué plus haut quelle pouvait être la formule de l'« Unde Vi » ancien, tel qu'il se présentait encore à l'époque de Gaius et de Paul, avec l'exception « vitiosæ possessionis ».

La loi 1, pr. « De Vi », 43, 16, nous donne une formule différente : « Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo quœque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum de eo quod ad eum qui vi dejecit pervenerit, judicium dabo ».

Cette formule, attribuée par le compilateur byzantin à Ulpien, est évidemment interpolée. D'abord, il est certain qu'à l'époque d'Ulpien, contemporain de Paul, l' « exceptio vitiosæ possessionis » fait partie de l'Interdit. De plus, au lieu de la mention « judicium dabo », l'Edit devait porter « eo illum restituas ».

On doit aussi ajouter les mentions qui nous sont révélées par Cicéron « pro Cæcina », 19, 20, « aut procurator tuus » ; et « quum ille possideret », mentions explétives qu'on n'insérait probablement plus du temps d'Ulpien, parce qu'elle ne faisaient pas de difficulté.

A quels biens s'applique l'Interdit ?

119.— Sur ce point, la formule manque de précision ; le terme « Unde » dont elle se sert pourrait faire supposer qu'il s'agit de toute espèce de biens. Il est possible que cela ait été vrai anciennement, mais à l'époque classique, l'Interdit n'est donné certainement que pour les

immeubles. C'est ce qui résulte de divers passages d'Ulpien à notre titre (notamment L. 1, § 3 « De Vi », 48, 16).

Le juriconsulte donne diverses applications de ce principe. L'Interdit compète à ceux qui sont expulsés d'une chose fixée au sol, quel que soit d'ailleurs le bien dont ils aient été expulsés, quand même il s'agirait d'une maison en bois (ead. leg., § 8), ou d'une « insula superficiaria. »

Une difficulté s'était élevée pour les navires, mais comme l'Interdit n'est donné que pour les choses mobilières, la rigueur des principes l'avait fait refuser, même dans cette hypothèse : l'importance de l'objet mobilier n'importe pas, c'est comme si on avait été expulsé de son véhicule (Adde Paul V, 6, 5).

120. — Quelles voies de droit remplaceront notre Interdit quand il s'agira de choses mobilières ? On aura, nous dit Ulpien (§ 6), l' « actio furti, l'actio Vi Bonorum raptorum, l'actio ad exhibendum ». Paul, de son côté (Loc. supr. cit.) donne à celui qui a été expulsé de son navire une action utile « De rebus recuperandis » à l'exemple du « Judicium Vi Bonorum raptorum », et à celui qui s'est vu enlever son véhicule ou son cheval une « actio injuriarum ».

Nous avons eu occasion de démontrer, en parlant de la fonction récupératoire de l' « Utrubi » que cette énumération était incomplète. Ne voyons-nous pas qu'Ulpien nous indique diverses actions dont Paul ne parle pas et que celui-ci nous donne une « actio injuriarum » en plus de celles énoncées par Ulpien ?

On ne saurait non plus, d'après les principes généraux, refuser une « condictio ob injustam causam ».

Ces actions, d'ailleurs, exigent toutes des conditions spéciales qui peuvent fort bien ne pas se rencontrer dans la « Possessio ad Interdicta ». Il est vrai, sans doute, que le plus souvent la dépossession d'une chose mobilière rentrera dans l'un des cas prévus par elles. Mais cela ne nous paraît pas suffisant. Aussi, malgré le silence d'Ulpien et de Paul, nous avons décidé que l' « Utrubi » venait en concours avec ces diverses

actions. Il nous paraît inadmissible que les Romains n'eussent pas accordé l'Interdit au cas de violence contre les meubles. Il semble, il est vrai, qu'en pratique il fut peu usité et que les actions indiquées plus haut qui avaient toutes pour effet de procurer une condamnation plus énergique furent préférées par les plaideurs. On peut donc dire qu'Ulpien parle ici « de eo quod plerumque fit », d'une façon simplement indicative et non restrictive.

121. — Cette règle de l'époque classique que notre Interdit ne saurait s'appliquer aux meubles subsiste-t-elle encore à l'époque de Justinien ?

C'est ce qu'on pourrait induire du § 6 « De Interdictis » aux Institutes IV, 15 : « Si quis ex possessione fundi vel ædium dejectus sit ». M. de Savigny, toutefois, a soutenu le contraire en s'appuyant sur une constitution célèbre de Valentinien, Théodose et Arcadius, édictée en 389. L. 3, cod. Theod., 4, 22 ; L. 7, cod. « Unde Vi », 8, 4. « Si quelqu'un, dit cette constitution, est arrivé à ce point de fureur et d'audace qu'il s'empare violemment de la possession des choses (possessionem *rerum*) appartenant au fisc ou à des particuliers, avant toute décision arbitrale ou judiciaire, qu'il restitue à l'ancien Possesseur et qu'il perde le « dominium » de la chose dont il s'agit ; s'il s'est emparé des choses d'autrui, non-seulement qu'il restitue la chose à ceux qui la possèdent, mais qu'il soit en plus condamné à en payer l'estimation (1).

Ce texte ne distingue plus entre les immeubles et les meubles, et cette peine contre les violences (§ 1, « Inst. De Bonor vi rapt.) s'applique indistinctement aux meubles et aux immeubles.

Si donc, dit Savigny, Justinien l'a introduite dans le titre « Unde Vi » au Code, sans faire de distinction, c'est qu'elle avait généralisé l'application de l' « Unde Vi », qu'elle n'était pas, comme certains le prétendent, une simple peine, mais que la pratique en

(1) Nous n'irons pas d'ailleurs aussi loin que certains commentateurs qui prétendent que la restitution est due, même au *détenteur*. Le texte dit partout : « restituere possessionem possessori ».

avait tiré comme conséquence l'application de l'Interdit aux meubles.

Cette théorie de Savigny a rencontré de très énergiques contradicteurs.

Il est un point bien certain d'abord pour nous qui avons admis la fonction récupératoire de l'Interdit, c'est qu'on ne doit pas voir là la *création* d'un moyen possessoire pour les meubles, l'innovation gît surtout dans la déchéance du droit de propriété prononcée contre le « dominus » et dans l'obligation imposée au « non dominus » de payer la valeur estimative en plus de la restitution.

Sur ce point, nous sommes d'accord avec M. Machelard, p. 251.

Mais autre chose est une *création,* autre chose une *extension, une généralisation.* L'Interdit « Utrubi », avons-nous dit, tomba rapidement en désuétude et nous ne saurions penser, malgré l'opinion de Bruns (« Besitz im Mittelalter », p. 74, 76 ; « Besitzklagen », p. 77, 78) qu'il fût encore en vigueur, alors que nous venons de voir et de conclure du silence d'Ulpien même qu'il devait être médiocrement usité dès le III[e] siècle et surtout au cas de violence. Ceci posé, quelles voies de droit restaient au possesseur de meubles « vi dejectus »? L'« actio Furti, l'actio vi Bonorum raptorum » exigeaient la justification d'un intérêt honnête (« honesta causa ») à la conservation de la chose; il fallait aussi que l'adversaire eût agi « dolo malo » ; toutes entraves souvent gênantes. Comme d'autre part la procédure spéciale aux Interdits était tombée en désuétude, on voit la différence peu sensible qu'une « actio in factum », une « utilis actio recuperandarum rerum mobilium » eût présentée avec l'Interdit « De Vi ». Les anciens moules étant brisés, pourquoi ne pas admettre que l'Interdit « de Vi » devenu l'action « de Vi » n'a pas été appliqué par la pratique aux meubles aussi bien qu'aux immeubles, ce que la constitution citée plus haut ne ferait que constater ?

Mais, dit-on, le mot *invaserit* s'applique plutôt aux immeubles qu'aux meubles, et Justinien, dans les

« Institutes », parle toujours d'un plaideur qui a été expulsé d'un fonds ou d'une maison. Nous répondrons que Justinien suit ici de trop près le texte de Gaius, comme cela lui arrive fréquemment ; il ne procède pas d'ailleurs par voie restrictive, mais sous forme d'exemple ; quant au mot « invaserit », il n'est pas incompatible avec l'idée de choses mobilières. Le texte, d'ailleurs, à quatre reprises, nous parle sans distinction de « res » en général, ce qui nous paraît décisif en faveur de notre théorie.

Et, en résumé, ce qui, après hésitation, nous paraît devoir établir qu'à l'époque de Justinien, l'Interdit « Unde Vi » s'applique aux meubles, c'est : 1° la généralité du mot *res*, répété jusqu'à quatre fois dans la constitution ; 2° c'est la place donnée par Justinien, sans distinction ni réserve, à cette constitution dans le titre « Unde Vi » au Code ; 3° c'est cette considération que, depuis longtemps, l'« Utrubi » avait disparu, que l'« Unde Vi » avait en partie perdu son ancien caractère pour devenir l'action « De Vi » et ne se distinguait plus nettement, au moins par sa forme, des actions « in factum » qui avaient concouru avec l' Utrubi » (1).

122. — Si, à l'époque classique, l'Interdit ne s'appliquait *directement* qu'aux immeubles, il faisait recouvrer par voie de conséquence les meubles qui se trouvaient sur le fonds au moment de la « dejectio ». L. 1, pr. « De Vi », 43, 16 « Quæque ille tunc ibi habuit », dit la formule. Le § 6 ajoute : « Plane si quæ res sint in fundo, vel in ædibus unde quis dejectus est, etiam eorum nomine interdictum competere, non est ambigendum ».

Et plus loin, Ulpien, commentant la formule, nous dit que ces expressions « quæque ille tunc ibi habuit » doivent s'entendre en ce sens qu'il s'agit non pas seulement des choses dont on est propriétaire, mais encore de celles qu'on détient à titre de dépôt, de gage, celles dont on a l'usage, l'usufruit ou la garde, celles mêmes

(1) M. Maynz, lui-même, partisan de l'opinion contraire, reconnaît que cette constitution dut ôter toute importance pratique à l'Interdit. Nous pensons au contraire, qu'elle le transforma, le généralisa et le rendit semblable à l'action « De Vi ».

qui ont été simplement déposées sur le fonds ; l'expression employée par le Préteur est aussi générale, aussi extensive que possible. L. 1, § 33. Adde Pomponius, L. 14, eod. tit. « ita res quoque mobiles omnimodo recipies ».

L'Interdit compète pour ces meubles, à la seule condition qu'ils se soient trouvés sur l'immeuble *tunc*, c'est-à-dire au moment de la « dejectio », L. 1, § 34.

A qui appartient l'Interdit

123. — L'Interdit appartient au Possesseur « ad Interdicta », selon les règles que nous avons données au ch. I[er] et il n'importe que la Possession soit « justa aut injusta », L. 12, L. 18, pr. « De Vi » 43, 16.

Nous avons apprécié plus haut la théorie de Cujas qui, en cas de « vis armata », prétendait que le simple détenteur pouvait agir par l'Interdit. Nous n'avons pas ici de difficulté semblable. La loi 1, § 23, est décisive : « Interdictum hoc nulli competit nisi ei qui tunc, cum dejiceretur, possidebat ; nec alius dejici visus est quam qui possidet ». Gaius aussi (IV, 154, 155) parle toujours de « possessio » pure et simple, et la loi 1, § 1, ne fait aucune distinction « fuit æquissimum vi dejecto subvenire, propter quod ad reciperandam possessionem Interdictum hoc proponitur ».

On a invoqué, il est vrai, en sens contraire, la loi 1, § 9 : « Dejicitur is qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc Interdictum pertinet ». Mais nous avons vu « suprà n° 17 », en expliquant la terminologie romaine que « possidere naturaliter » ne voulait pas seulement dire détenir, mais posséder, surtout quand il est opposé à « possidere civiliter ». Et le § 10, qui n'est que l'explication du précédent, indique bien que telle est ici l'acception. « Ainsi, dit Ulpien, si le mari fait une donation à sa femme et qu'elle soit expulsée, elle pourra se servir de l'Interdit ; au contraire, le « colonus » ne le pourrait pas ».

Or, évidemment, le « colonus » est un détenteur ;

s'il perd sa détention par violence, il n'aura pas l'Interdit ; il n'est donc pas compris dans le terme de « naturalis possessio » qui doit s'entendre ici de la possession juridique, non de la simple détention.

Cette manière de voir est corroborée par la loi 1, § 22, hoc. tit. : « Quod servus, vel procurator, *vel colonus tenent*, *dominus videtur possidere*, et ideo his dejectis, ipse dejici de possessione videtur etiam si ignoret eos dejectos, per quos possidebat ». Le « colonus », simple détenteur, n'a donc pas l'Interdit ; il peut simplement agir contre son bailleur, s'il y a lieu, par l' « actio conducti », au moyen de laquelle il obtiendra des dommages-intérêts pour non-jouissance. Il pourra aussi, si le bailleur agit par l'Interdit et triomphe, lui demander sa réintégration.

L'Interdit appartient donc exclusivement au Possesseur, c'est-à-dire au bailleur, à celui qui a l' « animus domini », et si son représentant est expulsé *en fait*, comme le fait observer M. Machelard, c'est lui, *en droit*, que la dépossession atteint. L. 20, hoc. tit. : « Si colonus tuus vi dejectus est, ages Unde Vi Interdicto ». Et Cicéron, dans la partie subsidiaire de son « pro Cæcina », cherche à établir que le « colonus » de son client a subi une « dejectio » *en fait*.

C'est par application du principe posé que, sans revenir à l'hypothèse spéciale d'une « vis, hominibus armatis », nous déciderons que celui qui ne possède ni « corpore », ni « animo », et qu'on empêche d'entrer et de commencer sa Possession, ne doit pas être considéré comme « dejectus ». L. 1, § 26 : « Dejicitur enim qui amittit possessionem, non qui non accipitur. »

Notre Interdit est, en effet, « recuperandæ » et non pas « adipiscendæ possessionis » (1).

124. — La loi 1, Cod. « Si per vim », 8, 5, a-t-elle comme certains l'ont prétendu, modifié les règles générales que nous venons de poser ? En aucune façon : elle

(1) *Verius est*, dit Ulpien, ce qui pourrait faire croire que cela ne fut pas admis sans difficulté ; qu'en tout cas, la question avait été discutée pour l'Interdit « De vi quotidiana », aussi bien que pour l'Interdit ancien « De vi armata ».

permet seulement, à certaines classes de personnes, d'agir pour recouvrer la Possession au nom de l'absent. — Que les juges prennent en main la cause de l'absent, dit Constantin ; qu'il s'enquièrent si l'on a privé quelqu'un qui est absent ou en voyage de la Possession, qu'un proche, un parent, un allié, un ami, un « colonus », un affranchi ou même un esclave, détenait à quelque titre que ce soit ; que le juge ne refuse pas à ces personnes qui ont été dépossédées, alors qu'elles possédaient au nom de l'absent, la faculté d'agir en justice, pas même s'il s'agit d'esclaves, quoique tout droit de paraître en justice doive être refusé à des hommes de cette condition. — Il n'y a donc, dans cette constitution, qu'un droit de représentation légale de l'absent, concédé à certaines classes de personnes ; il ne s'ensuit, en aucune manière, que Constantin ait concédé au simple détenteur le droit d'agir en justice pour recouvrer *sa détention*, d'intenter l'Unde Vi en son propre nom.

De la « Dejectio »

125. — Pour donner ouverture à l'Interdit, il faut que le Possesseur ait été expulsé ; cela ne suffit pas ; il faut qu'il ait perdu la Possession par suite de la « dejectio » dont il a été victime et qu'il ne la conserve pas par la personne de son « procurator », de son « colonus » ou de son esclave.

C'est donc en vain que le Possesseur a été mis hors de son fonds par violence, si l'on a continué à occuper les lieux pour lui ; car il est évident qu'il ne peut sans contradiction demander qu'on lui restitue une Possession qu'il n'a, en somme, pas perdue ; c'est ce que nous dit formellement Ulpien, L. 1 « De Vi », 43, 16 : « Non alii autem quam *ei qui possidet*, Interdictum Unde Vi competere, argumentum præbet, quod apud Vivianum relatum est, si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc Interdicto experiri ; quia per eos retineo possessionem qui dejecti non sunt », § 45 (1).

(1) Pothier voulait lire « possedit » au lieu de « possidet ». De Savi-

Mais, d'ailleurs, dans cette hypothèse, je pourrai agir contre celui qui m'a expulsé par l' « actio injurarum » ou par l'action de la loi « Julia De Vi ».

Le Possesseur n'est pas non plus « dejectus » au sens légal du mot et n'a pas droit à l'Interdit si celui-là qui l'a expulsé ne s'est pas, en définitive, mis lui-même en possession. Paul, Sent. V, 6, 4 : « Si tamen adversarius eam ingressus sit possessionem ». Cette solution s'explique et se justifie par les mêmes motifs que la précédente.

Mais Ulpien, continuant à citer une discussion de Vivianus, en arrive à ce point beaucoup plus délicat : l'agresseur a expulsé quelques esclaves; les autres, il les a retenus et chargés de chaînes, ou bien il leur a commandé en maître. Dans ce cas, dit le jurisconsulte, il y a « dejectio », car les esclaves sont possédés eux-mêmes par un autre au même titre que le fonds. Et cela est vrai, alors même que l'usurpateur n'en aurait même pas expulsé quelques-uns, mais aurait commencé à les posséder tous après son entrée violente en Possession. Cette dernière hypothèse, où l'analyse est poussée à l'extrême, peut paraître délicate ; en effet, il n'y a pas eu de fait matériel de « dejectio »; l'adversaire s'est présenté, s'est emparé du fonds par violence et aussi de tous les esclaves dont aucun n'a été chassé du fonds (L. 1, § 46). Comment dire que le « dominus » est « dejectus » ? C'est qu'en somme il ne possède plus une chose qu'il possédait ; il avait l'« animus » et détenait « corpore alieno »; une violence exercée contre lui, puisqu'elle s'adressait à ses esclaves, l'a mis hors de sa Possession. La solution de Vivianus et d'Ulpien est donc des plus logiques.

Enfin, Ulpien se demande, avec le même Vivianus, ce que l'on doit décider si l'envahisseur, qui s'est mis violemment en Possession, n'a pas chassé le Possesseur, mais l'a enchaîné et le force à travailler? Faut-il

gny, § 11, d'après certains commentateurs, propose d'ajouter la négation *non* « qui non possidet ». Nous croyons qu'on peut maintenir le texte en traduisant *ei qui possidet* par « possessori » ; le sens serait moins clair, mais l'interprétation est la même. Comp. Machelard, p. 238, note 3.

accorder l'Interdit à ce Possesseur? La raison d'hésiter, c'est que le Possesseur n'est pas à la lettre « dejectus ». Je trouve préférable néanmoins, dit Ulpien, de considérer que celui-là est « dejectus », qui est enchaîné sur le fonds. Pour notre part, nous estimons que c'est là une hypothèse vraiment peu pratique et se demander si un homme enchaîné doit avoir ou non un Interdit pourra paraître oiseux. Le plus pressé pour lui, c'est de recouvrer sa liberté, et alors il aura l'Interdit; c'est là, sans doute, ce que veut dire Ulpien. Pourra-t-on lui opposer que, pour être « dejectus», il faut avoir quitté le fonds au moment même de la violence et qu'en fait il a pu y rester longtemps après? Il faut répondre qu'il pourra dire que la violence s'est continuée sans interruption jusqu'au moment où il a été mis en liberté; que c'est à ce moment là seulement que la « dejectio », si l'on veut, a été entièrement consommée.

De la « Vis atrox »

126.— Pour donner ouverture à l'« Unde Vi », il faut qu'il y ait un Possesseur, un Possesseur réellement « dejectus »; ce n'est pas tout, il faut que ce Possesseur ait été expulsé par violence.

Et il importe de bien remarquer que la violence de notre Interdit n'est pas la même que celle de l'« Uti Possidetis » qui constitue un simple trouble, *une violation* « vis contra Prætoris Edictum ».

Il faut ici, comme nous l'avons déjà indiqué, une violence spéciale, une « vis atrox. — Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc Interdictum, L. 1, § 3.

C'est ainsi que la simple crainte ne serait pas suffisante en principe pour fonder l'Interdit; c'est ce que nous dit Ulpien d'après Pomponius, L. 5, « De Vi : Si rerum tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius, Unde Vi Interdictum cessare, quoniam non est vi dejectus qui compulsus est in possessionem inducere ». Dans ce cas, on pouvait simplement agir par l'action « quod metus causa », d'après les mêmes juriscon-

sultes, L. 9, pr. « in fin : Quod metus causa,» 4, 2, Ulpien. « Pomponius... denique tractat, si fundum meum de — reliquero, audito quod quis cum armis veniret an huic dicto locus sit? et refert, Labeonem existimare edicto locum non esse et Unde Vi Interdictum cessare, quoniam non videor dejectus, qui dejici non expectavi, sed profugi, etc... Sed et si per vim tibi possessionem *tradidero*, dicit Pomponius, huic edicto locum esse. »

C'est là un point certain. L'ennemi ne s'est pas présenté en armes; il n'y a même pas eu de menaces de violences, il n'y a pas lieu à l' « Unde Vi ».

— Ceci posé, demandons-nous ce qu'on doit entendre par la « vis atrox ». Et remarquons d'abord qu'il n'importe qu'elle s'adresse au Possesseur ou à ceux qui détiennent pour lui. Cela résulte de tous les textes que nous avons indiqués.

Les anciens glossateurs avaient imaginé toute une classification méthodique des diverses sortes de violence. Ils distinguaient soigneusement, selon les diverses circonstances de fait qui pouvaient se présenter, une « vis expulsiva », une « vis turbativa », un « vis ablativa », une « vis compulsiva ». Nous ne les suivrons pas dans cette voie arbitraire et hasardeuse. Sigonius, L. 1. De Judic. ch. 21, donne une explication des diverses sortes de violence et en distingue deux classes : la violence véritable « vis mera » et la quasi-violence « vis simulata », celle-ci elle-même se subdivisant à l'infini.

Tout cela est inacceptable et la critique moderne a justement purgé la science du droit de ces systèmes scolastiques.

Comme le fait observer très exactement Savigny, il suffit « d'une menace sérieuse à la sécurité du Possesseur ». Il n'est pas nécessaire qu'il y ait des voies de fait, des coups et des blessures. Appliquant ici une expression de Paul à propos de la Possession, nous dirons qu'il n'y a qu'un seul genre de violence et des espèces infinies « unum genus, species infinitæ » (Cfr. art. 1112, Cod. civ.)

127. — Voici les espèces principales qui constitueront cette menace grave et sérieuse à la sécurité du Possesseur.

Celui-là non-seulement, nous dit Paul (V. 6, 4), est « vi dejectus » qui s'enfuit effrayé par l'attaque d'une multitude ou par la crainte des bâtons, des traits ou des armes de toute espèce, mais encore celui qui abandonne la Possession sous la conviction d'une violence imminente, « violentiæ opinione comperta ».

Il y a *vis*, nous dit Ulpien, si quelqu'un s'en va de son champ ou de sa maison sans y laisser aucun des siens et qu'en revenant on l'empêche de rentrer chez lui ou si on le retient au milieu du chemin, à condition que l'adversaire se mette en Possession, L. 1, § 24 « hoc tit. »; *vis* également si quelqu'un « metu turbæ perterritus fugerit ». Cette dernière solution était, nous dit Ulpien, celle de Labéon et il repousse l'opinion de Pomponius qui prétend qu'il n'y a pas de « vis sine corporali vi », § 29.

Plus loin, enfin, le même Ulpien, § 43, nous dit que l'Interdit se présente avec toute la gravité d'un crime, « atrocitatem facinoris in se habet ».

Par voie de conséquence, la seule crainte légitime des armes suffira pour qu'il y ait « vis armata », L. 3, § 5 « hoc. tit. : Qui armati venerunt, etsi armis non sunt usi ad dejiciendum sed dejecerent: armata vis facta esse videtur; sufficit enim terror armorum ut videantur armis dejecisse ». (Adde, L. 3, § 8).

Enfin, nous citerons comme formule générale la définition donnée par Paul, L. 2. « quod. met. caus. », 4, 2, qui résume toutes les hypothèses de la violence: « Vis est majoris rei impetus, qui repelli non potest ».

La conception de la « vis atrox » peut donc se résumer dans les trois propositions suivantes :

1° Une crainte qui n'est pas justifiée par une menace immédiate et actuelle ne constitue pas une « vis atrox »;

2° Une crainte justifiée par une menace immédiate et actuelle constitue la « vis atrox », pourvu toutefois que l'adversaire se soit mis en Possession;

3° Constituera, au premier chef, la « vis atrox », toute voie de fait ayant entraîné la « dejectio ».

Et comme M. Machelard le fait très justement observer, la « vis atrox » s'adresse principalement à la per-

sonne même du Possesseur, tandis que la « vis » de l' « Uti Possidetis » s'exerce surtout sur la chose ; il suffit en effet pour la constituer d'un trouble quelconque à la Possession, d'une entreprise sur le fonds au moyen d'actes qui n'attaquent pas directement la personne du Possesseur.

128. — Cette théorie que nous venons d'exposer ne se concilie point cependant aisément avec tous nos textes et il importe d'essayer de les mettre d'accord ou d'en fixer les divergences.

Ulpien, dans la loi 1, § 29, nous dit que la frayeur inspirée par la vue d'une troupe armée suffit pour constituer la « dejectio ». Il n'est pas nécessaire qu'on en soit venu aux mains. Cela est conforme à ce que nous venons de dire. C'est, d'ailleurs, ce que décide Labéon, ajoute le jurisconsulte. Mais il admet quelque chose de plus. Cela est vrai, « si illi vi occupaverunt possessionem ». Il semble donc qu'il soit allé plus loin que Labéon, si toutefois celui-ci a, comme le prétend M. Machelard, professé cette doctrine que l'invasion prévue ne devait pas nécessairement s'être réalisée.

Cette doctrine n'est pas d'ailleurs, nous dit Ulpien, celle de Pomponius, qui exigeait, pour qu'il y eût « dejectio », une violence corporelle.

Enfin, Julien nous donne la même solution que celle que le texte d'Ulpien parait attribuer à Labéon, dans une loi qui a fort embarrassé Cujas, L. 33, § 2, « De Usurp. 41, 3 : Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit, atque ita profugerit, vi dejectus videtur ; sed nihilominus id prædium, etiam antequam in potestatem domini redeat, a bonæ fidei possessore usucapitur ; quia lex Plautia et Julia ea demum vetuit longa possessione capi quæ vi possessa fuissent, non etiam ex quibus vi quis dejectus fuisset » (1).

(1) Cujas, sur ce texte, substitue au mot *existimaverit* celui de *extimuerit*, ce qui met la loi 33, § 2, en harmonie avec les conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'action « quod metus causa » et se concilierait parfaitement avec la loi 9, « pr. quod. met. caus. (Voir tome VI, c. 314, de l'Edition de Naples). Pothier et Savigny ont suivi cette correction

Il est incontestable que sans la correction de Cujas et en prenant le texte à la lettre, la conciliation des décisions d'Ulpien et de Julien est impossible. Mais nous pensons d'autre part que la doctrine de Labéon n'était pas telle absolument que la lui prêterait Ulpien, et que si Pomponius a parlé d'une *vis corporalis*, sa pensée, trahie peut-être par une expression malheureuse, était bien qu'il suffisait d'une violence présente, actuelle, et non pas seulement imminente, mais non qu'il fallait à la lettre une violence matérielle.

En effet, ce même Pomponius, L. 9, pr. « quod. met. caus. 4,2.» développe ainsi sa théorie de la violence : « La crainte doit être présente; elle doit se justifier par une menace actuelle et non par un simple soupçon ». Et plus loin, il nous apprend que, d'accord avec Labéon, il pense qu'un simple bruit, une simple nouvelle d'agression en armes (« audito quod quis cum armis veniret ») ne suffit pas pour donner ouverture à l'Interdit, car il n'apparaît pas qu'on soit « dejectus » quand on a pris la fuite avant d'être attaqué. Il en est autrement, dit-il, si les agresseurs sont entrés et qu'on se soit retiré. Or, Ulpien, qui rapporte dans cette loi 9 l'opinion de Pomponius, n'y fait aucune restriction.

Si donc on rapproche les divers textes que nous venons d'expliquer, on voit que, sans doute, Pomponius est allé trop loin en parlant d'une « vis corporalis », mais qu'ailleurs, commentant lui-même sa doctrine et acceptant l'opinion de Labéon, il a admis que la crainte présente, la menace actuelle suffisent pour fonder la violence. D'autre part, il est inexact de dire qu'Ulpien ait ajouté quelque chose à la doctrine de Labéon, puisqu'on voit par la loi 9 « quod met. caus. 4, 2. » que celui-ci exigeait bien que l'agresseur se fût mis effectivement en Possession. Il suppose, en effet, que le Possesseur s'est retiré après l'invasion des agresseurs « aliter si posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi ».

de Cujas, repoussée par M. Machelard (voir p. 241, texte et note 1). En effet, cette correction est contraire à la leçon des Basiliques *εἰ... νομίζος* ; si... ratus.)

Mais il est évident que Julien donne une théorie très différente de celle d'Ulpien, à moins qu'on ne suppose que, parlant d'Usucapion, il ait négligé de préciser nettement les conditions requises pour la *vis*.

Quoi qu'il en soit, la doctrine d'Ulpien est évidemment la plus nette, ls seule admise en définitive par les commentateurs, la seule en dernière analyse à laquelle on doive se tenir.

129. — Supposons que le Possesseur, au lieu de s'enfuir, tienne tête aux attaques dirigées contre sa Possession ; supposons que, chassé à l'improviste, il reprenne l'avantage et expulse à son tour les adversaires sans les laisser s'installer définitivement. C'est ce que nos sources appellent : « Vim vi repellere in ipso congressu », et, dans ce cas, il n'y a pas *dejectio*, L. 17, « De Vi », Julien : « Qui possessionem vi ereptam, vi in ipso congressu reciperat, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intelligendus est ; ideoque si te vi dejecero illico tu me, deinde ego te ; Unde Vi Interdictum tibi utile erit ».

Le fondement juridique de cette solution est extrêmement logique. Du moment, en effet, que nous conservons la Possession des immeubles « animo tantum » ; on peut dire qu'il n'y a perte de l'« animus », par suite, perte définitive de la Possession, que lorsque, expulsé de fait, nous renonçons au moins pour un temps à cette Possession. Un retour offensif immédiat, au contraire, indique que nous n'y avons pas un seul instant renoncé ; par suite, il n'y a pas eu de « dejectio » complète et juridique.

Il s'ensuit, par une conséquence naturelle, que si la lutte se continue et que nous soyons une seconde fois chassés et cette fois-là d'une manière définitive, comme nous ne possédions pas *vi*, nous avons droit à l'Interdit (1).

Cette règle n'est, d'ailleurs, en raison que l'application du principe de la légitime défense. L. 1, § 27, « hoc

(1) « Unde Vi Interdictum tibi utile erit » ; *utile* est pris dans son sens vulgaire et non dans le sens spécial et juridique « à titre utile ».

tit.: Vim vi repellere licere Cassius scribit ; idque jus natura comparatur. Apparet autem ex eo *arma armis repellere licere.* »

Mais il est évident que le texte de Julien, L. 17, n'avait pas la portée générale que lui donne Justinien. Le jurisconsulte vise évidemment l'hypothèse d'une « vis armata ». Dans le Droit ancien, en effet, et à l'époque de Julien, on pouvait user de représailles même « ex intervallo », pourvu qu'on n'eût pas recours aux armes, et c'était seulement au cas d'une « vis armata » qu'on pouvait « in ipso congressu » recourir aux armes, ainsi que nous le dit Ulpien, L. 3, § 9 : « Eum igitur qui cum armis venit possumus armis repellere, sed hoc confestim; dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne dejiciatur ; sed etsi dejectus quis fuerit, eundem dejicere *non ex intervallo, sed ex continenti* ».

Quand, dans la suite, l'Interdit « De Vi armata » s'est fondu dans l'Interdit « De Vi » ordinaire, cette règle spéciale est devenue la règle générale; quelle que soit la « vis », on ne peut, sous Justinien », la repousser que « ex continenti ». Mais les traces évidentes de l'ancienne distinction que Justinien a laissé subsister dans notre titre rendent, en somme, les solutions qu'il donne assez peu précises. Et pour nous résumer sur ce point : 1° la violence « ex intervallo » n'est jamais permise pour se remettre en Possession ; 2° au cas de « vis quotidiana », la violence « ex continenti » est permise, mais non la violence par les armes ; 3° au cas de « vis armata », la violence est permise « ex continenti et cum armis ». C'est ce qui nous paraît résulter avec évidence de la combinaison de la L. 1, § 27, de la L. 3, § 9, et de la L. 17, « hoc tit. ».

Contre qui est intenté l'Interdit. — Du Défendeur a l'Interdit

130. — L'Interdit s'intente d'abord contre l'auteur même de la violence. Et celui-là sera considéré comme

auteur dont la « familia » ou le « Procurator » ont consommé l'éviction.

Déjà, à l'époque de Cicéron, cette règle était en vigueur à propos de l'Interdit « De Vi armata (12, 20, « Pro Cæcin. : Unde tu, aut familia, aut procurator tuus dejecit ».

Mais dans le « pro Tullio », 29, 44, Cicéron nous apprend que jadis la formule n'était pas si complète pour l' « Unde Vi quotidiana ». Celui-là donc eût échappé à l'Interdit qui eût eu soin de faire consommer l'expulsion par un tiers. Mais le Préteur, pour obvier à ce fâcheux résultat, insérait la clause suivante : « Unde dolo malo tuo vi detrusus est », qui permettait d'atteindre l'inspirateur de la violence.

Cette précaution, au temps des jurisconsultes classiques, est superflue. D'une part, on n'insère plus dans la formule la mention du « dolus malus » qui y reste, d'ailleurs, implicitement contenue, L. 13, § 12 : « Hoc Interdictum adversus eum proponitur *qui dolo malo* fecit quod quis armis dejiceretur ». D'autre part, la formule de l' « Unde Vi quotidiana » a emprunté les termes de l' « Unde Vi armata. « Ulpien, L. 1, « Pr. Unde tu... aut familia, etc. », et l'on admet sans difficulté que l'Interdit peut être dirigé contre tout inspirateur de la « dejectio ».

131. — Ces règles sont développées par Ulpien sous la L. 1, § 11-20, et voici les principales solutions qu'il donne : « Le principe, dit Ulpien, c'est que celui-là doit être considéré comme « dejiciens » qui a ordonné ou donné mandat d'expulser, car il importe peu qu'on expulse par ses mains ou par celles d'autrui.

Soit donc un « Procurator » et par « Procurator » on doit entendre tout homme libre agissant par mon ordre ou sous mon inspiration ; le terme « Procurator » s'oppose au terme « familia ». (V. Cic. Pro Cæcin.) : Ulpien, d'après Sabinus, pose deux règles : Le mandat est-il établi (« quoties verus Procurator »); le « dejectus » a l'Interdit, et contre l'inspirateur de la violence et contre le « Procurator ». Toutefois, la « Litis æstimatio » de l'un d'eux libère l'autre. S'il n'y a pas eu d'instructions

réellement données(« cum falsus est Procurator »), c'est contre lui seul que l'Interdit peut être délivré. L. 1, § 13. — La « dejectio » a été opérée par un tiers, mais je l'ai ratifiée. Sabinus et Cassius, dit Ulpien, décident, en comparant le mandat à la ratification que je dois être considéré comme « dejiciens » et être passible de l'Interdit. Cette solution doit être adoptée : « Rectius enim dicetur in maleficio ratihabitionem mandato comparari. (Cfr. § 10, 11, 12, où il est parlé de « dolus malus »).

S'agit-il d'une expulsion opérée par sa « Familia », le maître aussi est responsable et peut être poursuivi par l' « Unde Vi ». Et par « familia » on doit entendre : 1° D'abord, les esclaves, et il suffit qu'un seul (1) ait commis la violence pour qu'on puisse dire que la « familia » a expulsé; 2° ceux qui sont possédés « loco servorum »; 3° enfin, le « filius familias » et le « mercenarius », § 16-20. Mais il faut distinguer deux hypothèses : ou bien le maître a donné un ordre à ses esclaves, à sa « familia » et alors il est tenu « proprio nomine », il est considéré comme ayant expulsé lui-même; ou bien la *familia* a agi sans son ordre et il pourra se rendre indemne en faisant l'abandon noxal de l'esclave « maleficii causa » et en restituant ce dont il a profité, § 15.

C'est sous le bénéfice de la même restriction que l'Interdit est donné contre le père pour le fait de son fils. (On peut l'induire de la L. 16 « In Interdicto Unde Vi dicendum est ut ejus causa quod ad patrem pervenit, ipse teneatur »), et contre les municipes ou personnes civiles du chef des actes de leurs « procuratores » ou de leurs esclaves. L. 4, Ulpien : « Si vi me dejecerit quis nomine municipum, in municipes mihi Interdic-

(1) Nous ne croyons pas, malgré ce que dit M. Machelard, que cela ait sérieusement fait difficulté. Paul, Sent. V, 6. 3, dit bien que pour constituer la « familia », deux esclaves seuls suffisent et on pourrait en induire qu'un seul ne suffirait pas. Mais nous hésitons à prêter à Paul une interprétation si étroite.

Cujas corrige justement dans ce passage des Sent. de Paul « dejeciatur » par « dejiciat ».

tum reddendum Pomponius scribit, si quis ad eos pervenit (1).

132. — Il n'est pas nécessaire pour être passible de l' « Unde Vi » que l'auteur de l'expulsion possède encore ou même qu'il ait jamais possédé, comme cela est possible, en somme, s'il était simplement animé d'une idée de vengeance ou de malveillance, s'il a employé le dol pour pousser quelqu'un à la « dejectio ».

Cela se justifie par cette considération que l'obligation dont est tenu le « dejicïens » est toute personnelle : « Interdicta omnia quamvis in rem concepta, vi tamen personnalia sunt » ; elle n'est pas « rei cohærens » et l'action dure aussi longtemps que cette obligation. C'est ce que nous dit la L. 1, § 42 : « Ex Interdicto Unde Vi, etiam is qui non possidet, restituere cogetur. » L. 15, Paul : « Si vi me dejeceris, vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem : tamen damnandus es quanti mea intersit ». (Ajoutez L. 1, § 34, pour les accessoires, les meubles qui périssent « sine culpa »). Et le motif donné par les deux jurisconsultes est analogue : « Quia in eo ipso tua culpa præcessit (Paul) ; sicuti fur hominis etiam eo mortuo tenetur » (Ulpien).

On est tenu, avons-nous dit, alors même qu'on n'a jamais possédé soi-même. C'est ce qu'établissent les deux textes suivants, L. 4, § 22, Paul « De Usurpat. », 41, 3 : « Si tu me vi expuleris de fundi possessione, nec adprehenderis possessionem sed Titius in vacuam possessionem intraverit, potest longo tempore capi res, quia *verum est vi me dejectum*, non tamen verum est vi possessum ». Cfr. L. 33, § 2, « De Usurp. », 41, 3.

133. — De ce fait que la « dejectio » était un délit commis contre le Possesseur, qu'elle engendrait une obligation personnelle et qui existait indépendamment de tout examen sur le point de savoir si le « dejiciens » pos-

(1) Les règles de l'Interdit, quand il est donné pour enrichissement, sont les mêmes que pour l' « Uti Possidetis ». Notamment, il n'est pas annal, § 12, et « post annum reddetur in id quod pervenit ad eum qui prohibuit ». Nous nous contentons de renvoyer à ce que nous avons dit au chapitre précédent, n° 104.

sédait ou non l'immeuble usurpé, il résultait que le « dejectus » n'avait aucune action contre le tiers-détenteur à titre particulier ; celui-ci eût-il connu la possession vicieuse de son auteur, L. 7, Paul : « Cum a te vi dejectus sim, si Titius eamdem rem possidere cœperit, non possum cum alio, quàm tecum Interdicto experiri ». L. 3, § 10 : « Non videor vi possidere qui ab eo quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam ».

Cette application rigoureuse des principes se concilie difficilement avec les textes qui donnent contre le tiers-possesseur une action « quod metus causa », L. 14, § 3, « quod met. caus. 4, 2 » Dans cette action, nous dit Ulpien, on ne recherche pas si celui-là à qui l'on s'adresse est l'auteur de la crainte, ou si c'est un autre ; il suffit de démontrer qu'il y a eu crainte ou violence « metum sibi illatum, vel vim » et que celui-là qui est poursuivi a tiré lucre et profit de la chose dont on a été ainsi privé. Et l'action « quod metus causa » a l'effet de forcer à restituer, puisqu'à défaut la condamnation est du quadruple.

D'autre part, Ulpien, L. 9, pr. in fine « quod met. caus. », 4, 2, nous apprend que cette action énergique est donnée dans le cas où, sans être expulsé, on a livré la Possession sous l'empire de la violence.

Enfin, cette action est accordée d'après cette même loi 9, pr., à celui qui s'est enfui sans résistance à la vue de gens armés pénétrant sur son fonds. Dans ce cas, il y a « dejectio », c'est certain.

Mais il y aurait « dejectio » également si le Possesseur, ayant fait résistance, avait dû céder à des forces supérieures, et, dans ce dernier cas, il y a controverse sur le point de savoir si l'on doit admettre l'action « quod metus causa ». Cela peut sembler délicat, a-t-on dit (Machelard, p. 247), parce qu'aucun texte ne l'indique. Mais qui ne voit que celui-là même qui a résisté est bien dans le cas de « metus » (L. 5, « quod met. caus. » Ulpien : « Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed *majoris malitatis*... »), puisqu'il renonce en définitive au combat par crainte d'y suc-

comber? Une différence rationnelle ne saurait, d'ailleurs, se concevoir entre les deux cas.

L'immunité du tiers-détenteur vis-à-vis du « dejectus » n'est donc pas absolue. Remarquons, toutefois, que la situation du tiers-détenteur poursuivi par l'action « quod met. caus. » n'est pas, comme certains l'ont prétendu, plus difficile que s'il était poursuivi par l'Interdit « De Vi ». C'est le contraire qui est exact, car Ulpien, L. 14, § 3, « quod met. caus. in fin » 4, 2 nous apprend que l'action « quod metus causa » n'est, le plus souvent, qu'une simple action en restitution « quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur ».

134. — Quelle est la situation des héritiers? Ils ne sont pas en général tenus des Interdits car ce ne sont pas des actions honoraires « rei persecutionem habentes, L. 35 de Oblig. et Act. 44, 7, Honorariæ autem quæ post annum non dantur, nec in hæredem dandæ sunt; ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione Doli mali et Interdicto Unde Vi et similibus ».

Ils ne pourront donc être poursuivis, nous dit Ulpien, que par une « Actio in factum » et jusqu'à concurrence de leur enrichissement, L. 1, § 48. « hoc. tit. Ex causa hujus Interdicti, in hæredem et bonorum possessorem, ceterosque successores in factum actio competit in id quod ad eos pervenit — L. 2 eod — dolove malo eorum factum est quominus pervenerit » (Paul). Le motif en est que si l'héritier ne doit pas subir de préjudice en raison des délits du défunt, au moins ne doit-il pas en bénéficier. « Adde L. 2, Unde Vi, cod, 8. 4, « heredes teneri in tantum quantum ad eos pervenerit » (1).

D'ailleurs les héritiers et successeurs de toute espèce étaient comme les tiers détenteurs exposés à l'action « quod met. caus. » et n'étaient pas plus assurés qu'eux de conserver la Possession indûment acquise par leur auteur.

(1) Nous aurons plus loin à revenir sur la durée de cette action.

But de l'Interdit et Condamnations sur l'Interdit

135. — Nous supposons l'action intentée. De la Procédure nous ne dirons rien de particulier, nous contentant de rappeler qu'on peut agir « per sponsionem » ou « per arbitrium » et renvoyant pour le surplus aux règles déjà posées, ch. 3.

Quel est le but de l'Interdit? Il est restitutoire et il en résulte que la partie qui a été victime de la violence doit être rendue absolument indemne des suites de cette violence. La loi 1, § 31, pose rigoureusement ce principe : « Qui vi dejectus est, *quidquid damni* senserit ob hoc quod dejectus est, reciperare debet: pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset dejectus ».

Le « dejectus » obtiendra donc : 1° en première ligne, la restitution de l'immeuble dont il a été expulsé.

La condamnation prononcée par le Juge sera comme pour l' « Uti possidetis, quanti intersit possidere. » Paul L. 6. « De Vi (adde » L. 1, § 41. L. 6. 10, 19) et le jurisconsulte ajoute : « et hoc nos jure uti Pomponius scribit, id est tanti rem videri *quanti actoris intersit* quod alias minus esse, alias plus, nam sæpe actoris pluris interesse, hominem retinere quam quanti is est, veluti cum quæstionis habendæ, aut rei probandæ gratia, aut hereditatis adeundæ, intersit ejus eum possidere ».

Comme on pouvait agir par une formule arbitraire, la loi 68 R. V. est ici applicable. Le Juge constate d'abord le droit du demandeur (1) et fixe un délai de restitution d'après les principes généraux. Mais si le défendeur n'obéit pas au « Jussus » prétendant qu'il ne peut restituer alors pourtant qu'il a la chose; en vertu de l' « officium judicis », la possession est transférée « manu militari » au demandeur. S'il ne peut restituer, s'étant mis par son dol dans l'impossibilité de le faire, il doit être condamné « quantum adversarius in litem

(1) Voir L. 6, § 2 « De confessis », 42, 2.

sine ulla taxatione in infinitum juraverit ». S'il est dans l'impossibilité de restituer, mais sans qu'il y ait dol de sa part, il doit être condamné « non pluris quam quanti res erit, id est, quanti adversarii interfuit. Ces décisions de la L. 68. R. V., nous dit Ulpien, sont générales et s'appliquent aussi bien aux Interdits qu'aux Actions, soit personnelles, soit réelles, où il y a lieu à une restitution « ex arbitratu judicis ».

Cela est vrai, à l'époque de Justinien, (cfr. § 2, « Inst. De offic. Judic. IV. 17), mais certains pensent que le terme « manu militari » est interpolé et qu'à l'époque de la procédure formulaire il était impossible d'obtenir cette remise de la Possession « manu militari ». M. Pellat, toutefois, défend l'opinion contraire (p. 367 et suiv.) en s'appuyant surtout sur la loi 46 R. V., et nous sommes du même sentiment.

Telle est la procédure de Restitution en ce qui concerne le principal.

— D'ailleurs pour l'« Unde vi » comme pour l'« Uti possidetis », l'action en revendication peut se cumuler avec l'Interdit. L. 18, § 1. Papinien « eum qui fundum vindicavit ab eo, cum quo Interdicto Unde vi potuit experiri, pendente judicio, nihilominus Interdicto recte agere, placuit ».

Et l'on peut voir, par ce que nous avons constaté plus haut (que le « dejiciens » est tenu de l'Interdit, alors même qu'il a perdu la Possession), combien ce concours pourra être avantageux. Si l'Usurpateur a transféré la Possession à un tiers, la Revendication pourra être exercée par le « dejectus » contre ce tiers et en même temps l'Interdit contre l'auteur de la violence, ce qui permettra d'obtenir la réparation la plus entière et la plus complète du préjudice causé. L'Interdit « Unde vi » ne tend donc pas au même résultat pratique que la revendication, et c'est avec raison qu'on n'a pas donné au possesseur « dominus » le simple concours électif entre les deux actions (1).

136. — 2° En plus de l'immeuble ou de l'estimation

(1) Cfr. Maynz, § 90, note 10.

« tanti quanti actoris intersit » qui remplacera la restitution au cas où elle est impossible sans fraude ni dol du défendeur (L. 15), ce dernier devra les accessoires de l'immeuble « quæque illi tunc ibi habuit », tout ce qui se trouvait sur le fonds.

Et cela doit être entendu de la manière la plus large, la plus complète L. 1, § 33. Non seulement les choses qui appartiennent au demandeur, mais tout ce qui était sur le fonds, à titre de dépôt, de commodat, de gage, d'usage, d'usufruit, les choses dont il avait la garde, celles même qui s'y trouvaient par hasard, « vel si quæ ei collocatæ sunt; l'auteur des violences doit tout restituer sans aucune espèce d'exception.

Et par une application rigoureuse, mais logique, des principes posés, les esclaves, les troupeaux qui garnissaient le fonds viennent-ils à mourir après la « dejectio », quelques meubles viennent-ils à disparaître, même sans la faute de l'usurpateur, Ulpien, suivant en cela l'opinion de Julien, déclare qu'il en est tenu. La solution est la même si la maison ou la ferme est consumée par un incendie. L'usurpateur en devra le prix, car il doit être traité comme un voleur. L. 1, § 34 et 35.

—Le terme dont se sert le Préteur *Ibi* doit aussi être entendu dans le sens le plus large, il ne faut pas considérer la fraction même sur laquelle a porté l'expulsion, mais la Possession tout entière dont le demandeur a été privé (§ 38) « non ad angulum vel locum in quo fuerit, verum etiam ad *omnem partem possessionis* qua quis caruit cum dejicitur ».

Celui donc qui a expulsé, qu'il ait conservé ou perdu la Possession avec ou sans dol, est tenu pour les accessoires avec la même rigueur que pour le principal; c'est donc en vain que l'usurpateur alléguerait sa bonne foi, prétendrait soutenir que l'esclave eût péri aussi bien chez le demandeur que chez lui. Il ne peut s'exonérer de la sorte. C'est en vain même qu'il alléguerait que le défendeur a mis du retard à intenter l'Interdit. Il répondra du cas fortuit aussi bien que de sa faute. C'est ce que nous dit « Tryphoninus » d'après Ulpien. L. 19,

« ...quia ex ipso tempore delicti plus quam frustrator debitor constitutus est ».

137. — 3° Il pourra aussi intervenir une condamnation aux fruits, L. 1, § 40. Et les fruits sont dus dans l' « Undi vi », non pas comme dans les autres Interdits, du jour de l'émission de l'ordonnance « ex die ex quo edita sunt Interdicta », mais du jour de l'expulsion « ex die quo quis dejectus est ».

Le demandeur obtiendra tant les fruits de l'immeuble même, que ceux des meubles qui le garmissaient, § 40. — Et peu importe que les fruits aient été en réalité perçus ou non par le dejiciens ». La loi 4, code « Unde vi » dit qu'il faut considérer seulement si le dejectus en eût recueilli.

138. — Telles étaient les règles à l'époque d'Ulpien, mais le « juramentum in litem » de la loi 68 R. V., au cas de non-restitution, « *sine ulla taxatione* », était évidemment exagéré. On peut même penser que sous la procédure formulaire le juge pouvait fixer un maximum ou tout au moins modérer l'évaluation. (Arg. d'analogie de L. 3, § 2, « Ad exhib. », 10, 4; L. 18, pr. « De Dolo malo », 4, 3. L. 4, § 2 et 3 « De in Litem Jurand. », 12, 3.

Quoi qu'il en soit, une constitution de l'empereur Zénon, L. 9, cod. « Unde Vi, 8, 4 », permit au demandeur d'affirmer, sous serment, l'existence et le montant du préjudice qui pouvait provenir des diverses causes ci-dessus, mais avec fixation d'un maximum de la part du juge : « Si, nous dit cette constitution, il est impossible à celui qui a été victime de la violence, de prouver en détail ce qu'il a perdu, que le juge lui permette de faire par serment l'estimation des choses qu'il a perdues, mais dans les limites d'une taxation établie par le juge, selon la qualité des personnes et l'importance de l'affaire ».

Cette innovation a reçu des commentateurs le nom de « Jusjurandum ou Juramentum Zenonianum ».

Des exceptions qui peuvent être opposées a l'Interdit

139. — Il importe de distinguer deux époques distinctes. A l'époque classique, le défendeur pouvait opposer l'exception « quod vi aut clam aut precario ». C'est ce que nous dit Gaius, IV, 154. Paul, Sent. V, 6, 3. Comp. Cic. « pro Cœcin. », 8, 22, 32, et « pro Tullio », 44.

Cette exception n'existait pas quand le « dejiciens » avait expulsé à main armée.

Mais à l'époque de Justinien, pour l'Interdit unique, on suit la règle de l'Interdit ancien « De Vi armata » et la formule est muette sur l'exception.

La règle de l'ancien Droit se justifie, d'après Savigny, par ce fait que le défendeur pourrait à l'instant même, après avoir succombé sur l' « Unde Vi », introduire une autre instance « Recuperandæ Possessionis causa ». Dès lors, pourquoi ne pas joindre les deux procédures?

Mais ce point de vue est impossible à admettre en pratique, puisque, dans le Droit ancien, l'exception « vltiosæ possessionis » permettait en somme de se faire justice à soi-même, ce qui est contraire à toute bonne administration de la justice et dangereux pour l'ordre public. C'est donc avec raison qu'on n'admit plus la « dejectio » défensive que « in ipso congressu, ex continenti ».

Nous nous contenterons de remarquer que certains de nos textes, par une confusion qu'explique la tradition ancienne, parlent encore de Possession vicieuse, ce qui n'est plus d'aucune importance. (V. L. 14, L. 18, « hoc. tit. »

D'ailleurs après la constitution de Valentinien (389) L. 7 « Unde vi 8, 4, » qui fait perdre la propriété même à l'auteur de la violence; il n'y a plus lieu à une pareille exception (1).

(1) Certains auteurs pensant que c'est cette constitution qui a fait disparaître l'exception « vitiosæ possessionis ». (Voir Molitor, p. 118, 143, n° 73.)

Donc à l'époque de Justinien la maxime « spoliatus ante omnia restituendus » est déjà en pleine vigueur, et il y a là une différence considérable avec les règles de l' « Uti possidetis ».

140. — De la Prescription. — L'Interdit se prescrit par le laps d'une année utile, L. 1, § 9, « annus in hoc Interdicto utilis est ». L. 2, Cod. « Unde vi, — si necdum utilis annus excessit ». Vatic. frag. 312.

Après l'expiration de cette année utile, le demandeur était forclos et sa demande pouvait être repoussée par voie d'exception : « tantummodo intra annum agere permittam » dit le Préteur L. 1 pr. Nous avons vu, au contraire, que l'ancien Interdit « de Vi armata » était perpétuel (Cic. « ad famil. » XV, 16).

— Mais l'Interdit est perpétuel pour ce dont le défendeur s'est enrichi d'après le principe général posé par la L. 4. « De Interd. » 43, 1, dont les textes suivants ne sont qu'une application. L. 1 pr. « post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo ». L. 7, § 5, « Commun. divid. 10, 3. (1)

D'ailleurs la L. un. « Cod. si per vim. », 8. 5 (déjà expliquée « suprà » n° 124) supprime entièrement l'exception de prescription s'il s'agit de violence exercée sur les biens d'un absent, et non-seulement elle permet à un parent, à un ami, même à un esclave d'agir pour la défense de la Possession de l'absent, mais encore elle laisse indéfiniment entière pour cet absent « dejectus » la faculté d'agir. « Cui tamen quolibet tempore reverso actionem possessionis recuperandæ indulgemus ».

Cette décision est le corollaire de la L. 1, « Unde vi », 8, 4 Code), qui ne veut pas que le possesseur qui possède par un représentant puisse perdre la Possession par le dol ou la négligence de ce représentant (2).

(1) Quant aux motifs de cette différence entre l'Interdit au point de vue pénal et au point de vue de l'enrichissement, voir ce que nous avons dit à propos de l' « Uti Possid. » (n° 104, p. 139 et suiv.).

(2) Nous verrons que Justinien étendit la même protection en ce qui concerne les biens de l'absent, au cas où un tiers sans violence s'est emparé des biens de cet absent.

Dans cette hypothèse, grâce à cette faveur exceptionnelle, on peut dire que le « jus possessionis » est devenu *un droit réel aussi énergique que la propriété* ; il ne s'effacera, en effet, que par la prescription trentenaire.

141. — Aucune exception pétitoire ne saurait évidemment être admise. Toutefois c'est avec succès que le défendeur opposerait une « exceptio pacti conventi » si le « dejectus » avait pactisé ou transigé *après* que le fait qui donnait naissance à l'Interdit était entièrement consommé et c'est ce que nous dit la L. 27, § 4. De Pactis 2, 14. Serait nul au contraire le pacte qui aurait précédé ou accompagné la « dejectio ». C'est ce que nous dit Paul, même loi : « Post admissa hæc (furta, injurias) pacisci possumus. Item, ne experiar Interdicto Unde Vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. »

---

§ 2. — De l' « Interdit de Precario »

142. — L'Interdit de Vi est par excellence l'Interdit Recuperandæ Possessionis ; c'est le seul dont parle Gaius. Savigny toutefois n'hésite pas à ranger dans la même catégorie l'Interdit « De Precario ». Et son opinion a été suivie par Machelard (1) et la plupart des commentateurs français. Une réaction marquée s'est au contraire produite en Allemagne contre ce point de vue. Bruns, Ihéring, Meischeider, refusent à l'Interdit de Precario le caractère purement possessoire. Winds-

(1) M. Labbé, dans son Appendice à la dissertation de Machelard sur la Possession, cherche par une argumentation nouvelle à justifier l'opinion de Savigny. Il est bien obligé de reconnaître que, dans l'état des textes, la concession de Précaire présente les éléments constitutifs d'un contrat. Mais il estime que telle n'était pas la portée du Précaire lorsqu'à son origine il fut protégé par un Interdit. Cet Interdit n'avait pas alors pour effet, d'après lui, d'assurer en quelque manière que ce fut l'exécution loyale d'un contrat ; car la situation des parties était purement de fait, mais de procurer la restitution d'une Possession injustement retenue. « Ne regardez pas le passé, dit-il, appréciez le présent, et vous reconnaîtrez que l'Interdit de « Precario » mérite aussi bien dans un cas que dans l'autre, à la suite d'une concession précaire de la Possession qu'à la suite d'une concession précaire de la détention, d'être rangé parmi les « Interdicta recuperandæ Possessionis causa comparata » (§ 6, p. 97-103).

cheid au contraire (Lehrbuch des Pandektenrechts, 4me édition. Dusseldorf 1875, tome 1er, p. 491) a repris l'opinion de Savigny. C'est donc l'objet d'une vive controverse parmi les romanistes d'outre-Rhin et qui mérite de notre part un sérieux examen. (Cfr. Schrœter. Ueber den Abgeleiteten Bezitz. — Bulling. Dissertation sur le Precarium. — Leseur. Thèse, Paris 1878, p. 68 et suiv.).

L'Interdit « De Precario » est-il un Interdit Possessoire

143. — Le Precarium peut se définir à l'époque classique: un contrat innommé donnant lieu à la « condictio » appelée « præscriptis verbis in factum actio » et protégé par un Interdit spécial, l'Interdit « De Precario (Paul Sent. V, 6, 10. L. 2, § 2; L. 19, § 2 « De Precario » 43, 26.

Ce mot « Precarium » vient de « Preces »; aussi le concessionnaire est-il appelé « qui preces adhibuit, qui precario rogavit », et le concédant « rogatus. L. 1, pr. L. 2, § 3. L. 8, pr. hoc. tit. ».

C'est la concession d'une chose ou d'un droit, par exemple, une servitude. (L. 2, § 3. L. 3. L. 15, § 2, hoc. tit. L. 17, commun. Prædior. 8, 4), accordée par une personne à une autre gratuitement et par faveur, sous réserve de révocation ad nutum.

Jadis, une telle concession ne créait aucun droit. Aussi le Préteur à l'origine donna un Interdit « De Precario » pour assurer au « Rogatus » la restitution de la chose concédée au « Rogans », L. 14 « hoc. tit. », L. 14, § 11, « De Furtis », 47, 2.

D'après Savigny, qui s'appuie sur un passage de Festus (Vo « Patres »), le « Precarium » est une institution très antique et s'explique par les concessions faites par les « optimates » à leurs clients, de portions de l' « ager publicus ». A cause du lien de piété qui s'établissait entre le patron et les clients, ces concessions, abstraction faite de leur forme, ne pouvaient

faire naître ni d'obligation stricte, ni d'action. (Cfr. notre n° 45).

On pourrait objecter : 1° que le « Precarium » s'applique aux meubles aussi bien qu'aux immeubles ; 2° que cette hypothèse explique difficilement la persistance du « Precarium » jusqu'à l'époque des jurisconsultes classiques et au-delà.

Mais Savigny répond, et Machelard avec lui, que le « Precarium » subsista pour d'autres besoins que ceux qui l'avaient fait créer par une extension dont il n'est pas rare de rencontrer des exemples en Droit romain.

C'est ainsi qu'il fut appliqué au cas de Gage, nous dit Ulpien, L. 6, § 4, « hoc tit. : Quotidie enim precario rogantur creditores ab his qui pignori dederunt ».

Il est aussi fort usité par le vendeur qui, peu soucieux d'abandonner la propriété avant le paiement intégral du prix, transfère la jouissance de l'immeuble à son acheteur au moyen du Précaire. L. 20, « De Prec. », L. 13, § 21 « De Act. Empt. », L. 11, § 12, « Quod vi aut clam., » L. 13 Cod. « De Pact. int. 4, 54 ».

Quelle était la formule de l'Interdit? L. 2, pr. « Quod Precario *ab illo habes*, aut dolo malo fecisti ut desineres habere, Q. D. R. A. id illi restituas ».

Mais quel droit crée le « Precarium » ? Suivant Savigny, contredit sur ce point par Schroeter, qui soutient qu'en règle générale, il ne faut voir dans le « Rogans » qu'un simple *détenteur*, suivant Savigny, et c'est là l'opinion générale, le « Precarium » emporte un droit de Possession. V. en effet, L. 4, § 1, « hoc tit. », L. 21, § 3, « De adquir Poss. », 41, 2, L. 33, § 6, « De Usurp. », 41, 3. Ou plutôt le Précariste a droit aux Interdits, sans que, le cas échéant, le « rogatus » voie sa Possession « ad Usucapionem » interrompue, L. 13, « De adquir Poss. », 41, 2.

144. — Ceci posé, d'après Savigny, l'Interdit n'est pas seulement restitutoire comme l' « Unde Vi » ; il est, de plus, et c'est là un second point de ressemblance, un Interdit Possessoire « Recuperandæ Possessionis » (L. 2, pr.).

Qu'est-ce en effet qu'un Interdit Possessoire ? « Les

Interdits Possessoires sont, dit-il, les actions qui ont pour fondement la seule Possession. Toutefois, le droit de les invoquer ne *dépend pas de toute violation quelconque de la Possession, il faut que cette violation présente certains caractères déterminés*, et ce sont ces caractères qui permettent de distinguer les Interdits entre eux. En effet, tout Interdit repose, soit sur la violence, soit sur la clandestinité, soit enfin sur l'abus du « Precarium » (§ 36 du Traité de la Possession).

La violation de la Possession du demandeur, telle est donc la base de tout Interdit et l'abus de confiance « a ici » (dans le « Précarium »), le même effet que l'emploi de la violence dans la « violenta Possessio » (§ 12, texte et note).

Cette opinion suivie, comme nous l'avons remarqué, par les auteurs postérieurs jusqu'à Bruns et Ihering, acceptée notamment par Machelard et Molitor, a été formulée avec une grande précision par Windscheid (loc. cit). Tome II, § 376 n° 1. « Le concessionnaire n'était à l'origine tenu *que comme infracteur de la Possession d'autrui* : (als verletzter des freden Besitzes), et tome I, § 260. Si le Rogans vient à refuser la restitution, le concédant peut l'exiger *sur le seul fondement de la possession antérieure et de l'atteinte qui lui a été portée*, sans qu'il ait besoin de recourir au rapport contractuel qui existe entre lui et le cessionnaire ».

145. — Nous croyons, malgré ces autorités, devoir repousser cette théorie.

Sans doute les textes cités plus haut supposent que le « Precarium » peut être constitué par un Possesseur ; sans doute le Rogans a la Possession « ad Interdicta » mais nous avons déjà démontré (ch. I, n° 25) la fausseté de la théorie de Savigny sur la Possession dérivée ou transmise, abgeleiteter Besitz. Le Rogans agit en vertu d'un droit propre, en vertu d'une concession expresse de la loi. Mais il est inexact de dire que l'Interdit de « Precario » repose essentiellement sur l'abus de la

Possession, qu'il a pour but exprès de faire recouvrer la Possession au concédant (1).

Un texte formel nous impose la solution contraire. L. 18, « Unusquisque potest rem suam *quamvis non possideat*, precario dare ei qui possideat ».

D'autre part, le « precarium » peut consister dans la simple détention, et nous voyons que le concédant agira dans ce cas par l'Interdit « de Precario ». Or, il est difficile de parler dans cette hypothèse de « Reciperatio possessionis, » L. 6, § 2 : « Is qui rogavit ut precario in fundo moretur, non possidet : sed possessio apud eum qui concessit, remanet; nam et fructuarius et colonus et inquilinus sunt in prædio et tamen non possident ». (Cfr. L. 21).

— Aussi la formule ne fait-elle aucune allusion à une Possession antérieure du « rogatus » elle ne suppose pas non plus que le « rogans » possède; elle dit de la façon la plus générale « habet. — Quod precario ab illo habes ». L. 2 pr.

Ce serait d'ailleurs nous dit Bruns « une chose inouie que le concessionnaire pût refuser la restitution parce que le demandeur ne peut prouver qu'il a été le possesseur proprement dit ». (2)

Celui-là donc qui défendra à l'Interdit, s'il est prouvé un contrat de « precarium » devra être condamné, le lien contractuel, l'obligation seraient évidemment violés si le demandeur avait autre chose à prouver que le fait même de l'obligation.

— Aussi, contrairemennt à ce que nous avons vu pour l' « Uti Possid. » et pour l' « Unde vi » où les exceptions pétitoires sont impossibles, on peut opposer à l'Interdit l' « exceptio dominii ». L. 4, § 3, « hoc. tit. Item si rem meam precario rogavero, *rogavi quidem precario sed non habeo precario*, idcirco quia receptum est, rei suae precarium non esse ». Or, il est d'évidence que si l'Interdit était « recuperandæ Possessionis » le « ro-

(1) Aussi le « precarium Possessionis » s'oppose au « precarium proprietatis » (V. L. 6, § 4).

(2) Bruns Besitzklagen, p. 180 et suiv.

gatus » devrait recouvrer la Possession, quitte à succomber postérieurement sur la revendication.

— Celui qui se fait stipuler la restitution du précaire perd l'Interdit de « precario ». L. 15, § 3 (1), tandis qu'une action possessoire et une action personnelle en restitution peuvent fort bien concourir. « Le bailleur expulsé, dit Ihering, peut, s'il le veut, contraindre son locataire à la restitution du fonds au moyen de l' « actio locati », mais aucun juriconsulte romain n'a vu là un motif de ne pas lui accorder aussi l'Interdit « De vi » (L. 12, « De vi », 43, 16).

— Enfin la situation faite à l'héritier exceptionnellement dans cet Interdit vient encore à l'encontre du caractère Possessoire, L. 8, § 1 : « Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab hærede ejus precario habere videtur, et ita et Sabinus et Celsus scribunt... ». L. 8, § 8 : « Hoc Interdicto hæres ejus qui precario rogavit, tenetur quemadmodum ipse ». Qui ne voit que le droit de l'héritier du concédant, aussi bien que l'obligation de l'héritier du concessionnaire, ne peuvent avoir qu'une base contractuelle, puisque nous avons vu qu'en règle la Possession ne se transmettait pas et que l'héritier en commençait une nouvelle ?

— Donc, pas de lésion délictueuse de la Possession, mais bien violation d'un contrat, violation du devoir de restitution. Si ce devoir n'engendrait pas d' « obligatio civilis » à l'origine, il n'en résulte pas que l'Interdit soit une action Possessoire, car pour les obligations même, les Interdits sont organisés comme protection juridique ordinaire; c'est ce qu'on voit à chaque instant, par exemple, pour les Interdits exhibitoires et restitutoires.

Que reste-t-il donc du caractère possessoire attribué par Savigny à l'Interdit de « Precario » ? « Rien, dit Ihering, si ce n'est la circonstance qu'il tend à la restitution de la Possession (2). Mais si cette circonstance

(1) L. 15, § 3 « Cum quis de re sibi restituendæ cautum habet precarium et Interdictum non competit. »

(2) Et souvent même de la détention seulement.

suffisait, la Revendication et l'« actio empti » devraient aussi être des Actions Possessoires ».

L'Interdit n'a donc aucun des caractères essentiels de l'Action Possessoire. On objecterait en vain contre notre théorie que l'Interdit se donne contre celui « qui habet, qui non rogavit ». — Mescheider (Besitz und Besitzschutz, Berlin, 1876, p. 468). « C'était une façon de déterminer l'obligation du précariste par rapport à la nature du contrat ; mais le fondement en est bien dans un contrat. »

— L'erreur de Savigny et de ceux qui l'ont suivi nous paraît donc pleinement démontrée. Bruns fait, d'ailleurs, observer très justement que dans l'Edit du Préteur, l'Interdit de « Precario » était absolument distinct de l'Interdit « Unde Vi ». Jamais, dans nos sources, en parlant des Interdits « Recuperandæ Possessionis, on n'y range l'Interdit « De Precario »; jamais on n'y renvoie.

Il n'en est fait mention ni dans Gaius IV, 143-154, ni par Justinien dans ses Institutes, § 6 « De Interd. IV », 25, ni par Paul dans ses Sentences V, 6-9-13, ni aux Pandectes, ni par Théophile. Parmi les modernes, personne, ni Doneau, ni Cujas, ni plus récemment Thibault, n'a eu l'idée de ranger notre Interdit parmi les Interdits récupératoires Possessoires (1).

Nous conclurons donc avec Bruns, Ihering, Meischeider, que l'Interdit « De Precario » n'est pas un Interdit « Recuperandæ Possessionis » et nous le laisserons en dehors de notre étude.

---

§ 3. — De l'Interdit « De Clandestina Possessione »

146. — Ulpien, L. 7, § 5, « Commun. Divid. », rapportant une opinion de Julien, nous indique l'existence d'un Interdit de « Clandestina Possessione ».

Il s'agit d'un Possesseur qui sollicite l'action « com-

(1) Voyez sur toute cette discussion Ihering « Ueber das Grund des Besitzeschutzes ». Iéna, 1869, p. 98 ; Trad. « Maulenaere », p. 88 et suiv.

muni dividundo ». Il ne doit pas l'obtenir si le défendeur, co-partageant éventuel, prétend que sa Possession est entachée de précaire, de violence, de clandestinité. « Si donc on objecte que celui qui appelle au partage possède « clam », il faut dire qu'il n'y a pas lieu au « Judicium » dont s'agit, car Julien décide qu'un Interdit de « Clandestina Possessione compète ».

C'est le seul passage où il soit parlé de cet Interdit, et certains auteurs sont allés jusqu'à en nier l'existence. Mais le texte est formel. Il vaut mieux, avec Savigny, essayer de l'expliquer.

Remarquons d'abord que l'on peut voir une allusion à cet Interdit dans ce passage de Cicéron « In Rullum III, 3 » : « Hæc tribunus plebis promulgare ausus est ut quod quisque post Marium et Carbonem possidet, id eo jure teneret, quo qui optimo jure privato. Etiam *si vi ejecit.* etiam *si clam* aut *precario* venit in Possessionem? Ergo hac lege jus civile, causæ Possessionum, Prætorum Interdicta tollentur. »

Qu'est-ce donc que Possidere « clam » ? Ulpien nous l'apprend (L. 6 pr. « De adquir. posses. » 41, 2) d'après Pomponius ; nous y voyons l'évolution successive des idées en ce qui concerne les effets d'une telle Possession. Le § 1^er^ de la même loi nous montre qu'il y avait Possession acquise, mais qu'elle était clandestine.

Ainsi donc à l'époque d'Auguste, puisqu'il y avait une acquisition de la Possession dans de telles circonstances, on comprend la nécessité d'un Interdit « De Clandestina Possessione » pour la faire recouvrer. Labéon l'admettait sans doute comme plus tard Julien au III^e^ siècle.

Mais à propos des « saltus hiberni et æstivi », on reconnut les inconvénients d'une telle règle ; c'est alors comme nous l'avons vu (n° 22) qu'on en vint à se contenter de l' « animus solus » pour la conservation de la Possession des immeubles. La question se discute encore à l'époque de Pomponius. La L. 25, § 2, de adquir. poss. 41, 2, décide, en somme, par une raison d'utilité publique, que l'on continue à posséder contre un usur-

pateur clandestin, jusqu'à ce qu'à son retour on ait été repoussé, ou qu'on vienne à connaître l'usurpation sans faire un effort pour rentrer dans son bien.

Gaius, contemporain de Pomponius, semble bien nous dire que telle est l'opinion la plus générale, IV. 153, mais le manuscrit de Vérone présente une lacune qui ne permet pas de voir le développement de la pensée de Gaius. M. Pellat pense qu'il ne parle que des « saltus hiberni et æstivi ».

Si nous arrivons à Papinien au commencement du IV^e^ siècle, nous voyons la règle posée seulement à propos des « saltus hiberni et æstivi (L. 46, De adquir. poss., 41, 2 »).

Paul L. 3, § 11. « De adquir. possess. », 41, 2, semble aussi limiter la règle à ces sortes d'immeubles.

Il faut donc arriver à Ulpien pour voir une généralisation incontestable. L. 6 pr. et § 1, « De adquir. Poss. », 41, 2. L. 1, § 25, De Vi. « Quod vulgo dicitur, æstivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere ; nam ex omnibus prædiis ex quibus non hac mente recedimus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est ».

On voit par là que cette opinion avait déjà été proposée depuis assez longtemps, puisque Ulpien s'abrite sous l'autorité de Proculus, mais l'existence de l'Interdit de Clandestina Possessione avec Julien au III^e^ siècle, montre combien elle avait été longtemps à s'établir.

147. — Mais dès que la règle fut admise sans difficulté, dès qu'on décida que l'usurpateur d'immeubles quels qu'ils fussent, ne commencerait à posséder qu'à l'instant où il aurait repoussé le maître à son retour, l'Interdit de Clandestina Possessione dut disparaître, remplacé par l'Interdit de Vi.

Si d'ailleurs le possesseur à son retour était le plus fort et parvenait à chasser l'intrus, nous avons vu que sous le Droit Ancien il ne courait aucun risque, puisqu'il eût pu répondre à un Interdit de Vi intenté par son adversaire au moyen de l'exception « quod vi aut

clam aut precario ». Quand cette violence « ex intervallo » fut prohibée, on put dire que le possesseur, n'ayant plus l'Interdit tombé en désuétude était vraiment désarmé contre une usurpation clandestine. Car pour avoir l' « Unde Vi », il fallait bien qu'il entrât en lutte avec son adversaire pour constater sa dépossession et il se trouvait dans cette situation délicate qu'il devait bien prendre garde que son attaque n'allât pas jusqu'à lui faire reconquérir la Possession.

Il faut arriver à la loi 11 Cod. « Unde Vi », 8, 4, pour voir rétablir une action qui se rapproche beaucoup de notre remède possessoire disparu. — Un absent a laissé une « possessio vacua » et des tiers l'ont occupée de leur chef « sine judiciali sententia ». Justinien convient que l'Ancien Droit n'accorde aucun secours autre que le pétitoire. Mais ce sont là des « Prædones » ; il faut donc les forcer à rendre la Possession. C'est une loi sur laquelle nous aurons à revenir en parlant de l'Interdit « Momentariæ Possessionis », mais il était utile de l'indiquer ici pour montrer quelles lacunes avait laissées la disparition de l'Interdit « De Clandestina Possessione ».

CHAPITRE VI

APPLICATION DES INTERDITS AUX SERVITUDES

148. Historique de la Quasi-Possession. — 149. Difficultés dans l'application des Interdits aux servitudes. — 150. Application aux servitudes personnelles. — 151. Application aux servitudes Prædiales Controverse. — 152. Les Interdits s'appliquent aux servitudes « habendi »; ils ne s'appliquent ni aux servitudes simplement continues, ni aux servitudes rurales discontinues et non apparentes.

148. — La Possession telle que nous l'avons rencontrée jusqu'ici se présente comme une conception indivisible qui ne s'applique pas aux démembrements de la propriété. C'était là, comme nous l'avons remarqué, une idée étroite qui n'avait pas existé avant le système formulaire.

Dans le Droit ancien en effet, on avait conçu une Possession des servitudes. La loi 4, § 29, de Usurpr. 41, 3, nous révèle en effet qu'une loi Scribonia de la fin de la république en avait supprimé l'usucapion. C'est en vain qu'on a voulu soutenir que cette usucapion était un abus introduit par la pratique (1). Cicéron dans le « pro Cæcina » nous dit comme une chose indiscutable en droit, « Cesenniam possedisse ex usufructu non negas ».

Il y eut donc un véritable recul dans la conception rationnelle de la Possession et l'on admit nettement qu'on ne pouvait posséder que des choses corporelles. C'est ce qui nous est attesté par des textes nombreux. L. 3, pr. « De Adquir. Possess. » 41, 2 « Possideri autem possunt quæ sunt corporalia ». L. 4, § 27 « De Usurp. » 41, 3 « Nec possideri intelligitur jus incorporale ». Adde, L. 1, § 8 « Quod legator. ». L. 32, § 1, « De servit. præd. urb. » 8, 2.

Ce ne fut que peu à peu qu'on arriva à reconnaître une quasi-Possession des servitudes. Cette quasi-Possession ou « Possessio juris » qui s'oppose à la « Possessio rei » ne resta pas purement théorique et fut de

1). V. Bourcart, p. 90, comp. Maynz, p. 827, note 3, p. 840, note 1.

bonne heure protégée par les Interdits. Celui-là donc sans conteste à l'époque d'Ulpien aura droit aux Interdits Possessoires qui exercera les servitudes, ou du moins certaines servitudes, abstraction faite du point de savoir s'il a ou non le droit de les exercer.

149.— Cette extension au premier abord peut paraître assez simple, mais elle est d'une application difficile si l'on observe que, d'une part, la possession exige un exercice visible et continu, et que, d'autre part, il est des servitudes dont l'exercice n'a rien de continu ni d'apparent.

Notre code civil distingue soigneusement les servitudes à ce point de vue (688,689) et fixe des conditions très différents d'acquisition.

Que les Romains aient remarqué cette différence résultant de la nature même des choses, cela est d'évidence, et se trouve d'ailleurs expressément indiqué dans un texte de Paul, L. 14 pr. « De servitut. » 8, 1. Mais ils n'en avaient pas tiré les conséquences rationnelles ; de là, vient que nos sources, fort laconiques d'ailleurs sur ce point spécial, manquent par surcroit de précision. Aussi la matière est-elle très controversée en ce qui concerne les servitudes prædiales à propos desquelles on rencontre trois opinions exclusives les unes des autres. Certains auteurs, en effet, n'hésitent pas à appliquer les Interdits ordinaires à toutes les servitudes sans exception (Muhlenbruck, « Doctr. Pandect. » § 297, Molitor, p. 31. — Thibaut, « Pandekten », § 769). — d'autres n'admettent que les Interdits particuliers (Wiederhold « Das Int. Uti Possid. ») D'autres enfin avec Savigny (§ 45, 46) adoptent une solution mixte et appliquent les Interdits à certaines classes de servitudes qui ne sont pas pourvues d'Interdit spécial (En ce sens, Maynz, Machelard).

150. — Avant d'aborder la discussion de ces thèses différentes, mettons un point hors de discussion.

Pour les servitudes personnelles la question n'existe pas. Ici les Interdits ont été appliqués de la manière la plus étendue. Il en est une raison bien simple, c'est que la quasi-Possession de l'Usufruit, par exemple, se

manifeste de la même manière que la Possession corporelle.

C'est donc à l'Usufruit probablement et aux autres servitudes personnelles que la quasi-Possession s'appliqua d'abord et le plus aisément. Il semble bien que le Préteur donnait au moins *utiliter* dès les premiers temps de l'Empire, l'Interdit « Uti Possidetis » et l' « Unde vi » pour protéger cette quasi-Possession. A l'époque d'Ulpien il semble même qu'ils étaient donnés purement et simplement. C'est ce que paraît dire le juriconsulte en parlant de l'application de l' « Uti Possidetis » à l'Usufruit et à l'Usage. L. 4 « Uti Possid. » 43, 17. « In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc Interdictum reddendum, etsi alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat, Idem erit probandum et si ususfructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. Proinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur et his Interdictum erit dandum. »

Un texte de Papinien au contraire, L. 27 « De Donat. », 39, 5, nous montre que l'Interdit en ce qui concerne l'habitation n'est donné que « ad exemplum Interdicti quod fructuario proponitur. »

Enfin le § 90 des Vatic. Frag. nous apprend que celui-là à qui on a légué un usufruit et qui s'est mis en possession du fonds a les Interdits « Uti Possidetis » et « Unde vi », mais qu'il les a *utiles*. Le même fragment nous indique quelles modifications subit la formule : « Quod de his bonis legati nomine possides, quoque uteris frueris, quodque dolo malo fecisti, quominus possideres, utereris fruereris ».

Ici, contrairement à la L. 4 « Uti Possid. » 43, 17, l'Interdit est qualifié d'utile par Ulpien, et certains en ont conclu qu'à l'époque d'Ulpien on n'en était pas arrivé à la conception d'un Interdit pur et simple. Cette manière de voir est corroborée, disent-ils, par la L. 1, § 8, « Quod Legat. », 13, 3, d'Ulpien : « On s'est demandé, si un usufruit ou un droit d'usage a été laissé à quelqu'un et qu'il se soit mis en Possession, s'il peut être forcé à restituer au moyen de cet Inter-

dit. Ce qui motiverait le doute, c'est que ni l'usufruit ni l'usage ne sont possédés; mais j'admets l'affirmative et on peut soutenir qu'il y a lieu à l'Interdit. On doit décider de même pour une servitude laissée à quelqu'un ». Ce texte démontre, dit-on, qu'Ulpien n'admettait pas sans scrupule la quasi-Possession des servitudes même personnelles, et M. Bruns avance que la distinction de la « quasi-Possessio » et de la « Possessio rei » ne fut complètement effacée que dans le Droit byzantin postérieur à Justinien. (De la Possession au Moyen-Age, p. 95; Bourcart, p. 92).

Nous avons peine à concevoir que cette idée ait subsisté si longtemps. Il est vrai que le § 90, « Vatic. frag.», n'est pas le seul où l'Interdit soit qualifié d'utile. (Adde, L. 12, § 2, L. 60, pr. « De usufructu », 7, 1; L. 27 « in fin. De Donat, » 39, 5; L. 2, § 13, 17; L. 9, § 1; L. 10 « De Vi », 43, 16; L. 2, pr. § 3; « De Precario, 43, 26). Mais on peut dire qu'à l'époque de Justinien, il n'y a plus, à proprement parler, de « Possessio juris » s'opposant à une « Possessio rei », et si le mot « utilis » a subsisté, c'est par la force de la tradition. Les actions se sont unifiées et il n'y a plus de différence ni dans la forme, ni dans le fond.

D'ailleurs, le terme « utilis » n'impliquait aucune modification dans la procédure (1), qui se déroulait selon les mêmes règles que celles que nous avons posées pour les divers Interdits. L'Interdit utile, d'autre part, donnait les mêmes avantages que l'Interdit pur et simple; l'usufruitier pouvait lutter avec succès contre une prétention possessoire pure et simple ou contre une prétention à une servitude personnelle, usufruit, usage ou habitation.

151. — Des Servitudes Prædiales (2). — Nous avons vu que le Droit romain ne les distingue pas comme le

(1) Cela résulte du rapprochement de la L. 4, Cod. « in fin De Interd.», 8, 1, et de la L. 47, § 1, Dig, « De Negotiis gestis », 3, 5.

(2) Les « Inst. » II, 31, nous donnent la seule division en « S. P. Urbanorum et S. P. Rusticorum ». La même servitude peut alors, selon la nature du fonds dominant, être urbaine ou rurale. Toutefois, les servitudes discontinues sont le plus souvent rurales, les servitudes continues le plus souvent urbaines.

Droit français en servitudes discontinues ou continues. Devra-t-on, par suite, appliquer les Interdits à toutes les servitudes sans distinction? On l'a soutenu en s'appuyant sur la L. 20 « De Servitut. », 8, 1. Ce texte nous apprend que Labéon, à l'époque d'Auguste, n'admettait pas encore la quasi-Possession des servitudes. Et Javolenus, contemporain de Trajan, nous dit, au contraire, que de son temps la quasi-Possession était admise.

Mais cette loi indique-t-elle une application générale des Interdits aux servitudes? En aucune manière. Elle ne tranche pas la question malgré la généralité du terme « aliquid jus fundi » (1).

Les textes indiquent bien qu'il y a une quasi-possession des servitudes *possible* mais ils n'indiquent pas expressément quelles servitudes peuvent être possédées « ad Interdicta ».

152. — Une hypothèse d'abord doit être admise sans difficulté. La « servitus habendi » celle qui consiste en la jouissance d'un certain état de choses donne lieu aux Interdits. Une telle servitude, en effet, est incorporée à la jouissance de la chose, et son usage ne saurait être troublé que par un acte qui troublerait également la Possession corporelle du fonds dominant. Si la servitude par exemple, est indiquée par un ouvrage uni à l'édifice « servitus tigni immittendi, oneris ferendi (2) jus projiciendi », il y a évidemment droit à un Interdit « Retinendæ Possessionis ». D'autre part, l'Interdit « Recuperandæ Possessionis » ne se conçoit pas car il n'y aura jamais de trouble porté à la servitude qui puisse déposséder de l'immeuble même.

Cette application de l'Interdit « Retinendæ Possessionis » aux servitudes urbaines continues et apparentes est établi selon nous par la loi 3, §§ 5 et 6, « Uti Possid. 43, 17, (Cfr. L. 8, § 5, Si servit. vindic. 8, 5 »).

(1) On argumente aussi de la loi 1, § 8, « Quod leg. » 43, 3, qui n'est pas plus décisive.

(2) Ces servitudes sont toutes urbaines.

Mais ces trois textes sont diversement interprétés. Il nous paraît toutefois difficile en présence du § 6, L. 3 de dire qu'il n'y aura pas d'Interdit. Que décide, en effet Labéon? « Quo facilius possim *retinere possessionem ejus projectionis* Interdico tecum sicuti nunc possidetis eas ædes ex quibus projectus est ». — La défense de la servitude ne se présente ici que comme l'accessoire de la défense de la maison qui a une saillie sur le voisin.

On oppose à ce § 6 le § 5 de la même L. 3. Nous avons déjà eu occasion d'examiner ce texte à propos de la théorie qui soutient que l'Interdit n'est pas accordé pour simple trouble, qu'il faut une « controversia de possessione ». Nous avons examiné la valeur de la correction que Cujas fait au texte et conclu qu'elle n'était pas nécessaire. Pas d'Interdit, avons-nous dit, parce qu'il y a deux droits se paralysant, égaux et contraires. Et par suite il n'y a pas de contradiction entre les deux paragraphes ; l'Interdit n'est pas inexistant, il est paralysé pour tous les deux. Il y a véritablement un cas de cumul de deux Possessions. (V. n° 91).

Quant à la L, 8, § 5 « Si servit. vend. » 8, 5, elle vise seulement le cas où l'on veut défendre son fonds contre celui-là qui veut « fumum immittere ». Pour se protéger contre lui on aura, dit le jurisconsulte l' « Uti Possidetis ». C'est donc à tort que certains voient dans cette loi une concession de l'Interdit à celui qui veut « fumum immittere ex servitute ».

Aussi restreindrons-nous l'application de notre Interdit aux servitudes dont la Possession se confond avec la Possession de la chose et nous le refuserons par exemple à une servitude « altius non tollendi » qui est bien continue, mais non apparente.

Comment d'ailleurs posséder une servitude « altius tollendi » ; cela se conçoit à peine, aussi dans notre droit français on ne possède pas de telles servitudes sans un titre, faute de quoi, d'après l'art. 2232, il n'y aurait que des actes de pure faculté.

D'autre part, ces servitudes sont en général des servitudes urbaines, et il ne faut pas s'étonner de les

voir moins protégées que les servitudes continues rurales pourvues d'un Interdit spécial. Les Romains attachaient beaucoup plus de prix à ces dernières et pourtant ils n'ont pas constitué pour elles un système possessoire général ; ils se sont contentés de créations isolées. « Interdicta de itinere actuque privato, de aqua cottidiana et æstiva » etc.

— On s'appuie également pour soutenir une opinion contraire sur la formule de l' « Uti Possidetis », « De cloacis hoc Interdictum non dabo (1) ». Cela ne veut-il pas dire, d'après les principes généraux, que le possesseur d'égouts pourrait agir par l' « Uti Possidetis », mais que le Préteur le lui refuse parce qu'il y a un Interdit spécial « De cloacis »? Nous croyons au contraire que l'Interdit « De cloacis » est un Interdit spécial qui n'est pas l'équivalent de l' « Uti Possidetis ». Le Préteur l'avait organisé en raison d'un motif particulier d'ordre public et l'argument qu'on tire de la formule de l' « Uti Possid. » argument qui n'est appuyé sur aucun autre texte, ne saurait paraître décisif.

— Quant aux servitudes qui exigent un fait positif de celui qui les réclame et qui sont toutes rurales et non continues, le possesseur en principe n'a pas d'Interdit, mais seulement l'action confessoire ou les actions qui résultent du droit de voisinage, « operis novi nuntiatio », Interdit « quod vi aut clam ».

Mais le Préteur avait créé, pour les hypothèses les plus fréquentes, des Interdits particuliers fort anciens. Ce ne sont d'ailleurs pas là des actions purement Possessoires. Ils ont en effet des exigences spéciales de temps (2), de juste titre, de bonne foi. Par suite nous

(1) D'ailleurs on peut très bien soutenir avec Witte que ces mots : « De cloacis hoc Interdictum non dabo », signifient que par exception, le propriétaire du fonds servant, ne pourra se servir de l' « Uti Possidetis » pour paralyser l'Interdit « De cloacis » parce que l'entretien des égouts est d'ordre public. (V. aussi n° 78, opinion de Carl Albert.)

(2) Les Interdits Possessoires ordinaires protégeaient la Possession sans condition de durée. Pour la quasi-Possession des servitudes discontinues, on admit qu'elle pouvait se prouver par des actes remontant à une époque antérieure. La période choisie fut en général d'un an (L. 1, pr. et § 4, « De aqua cottid. et æstiv. », 43, 20), quelquefois trente jours de la dernière année (L. 1, « De Itin. act. priv.), quelquefois dix-

nous contenterons d'en signaler simplement l'existence. Ils occupent au Digeste un certain nombre de titres du livre 43.

Telle est la théorie que nous croyons devoir proposer en ce qui concerne les servitudes prædiales (Cfr. : Witte, p. 112 et suiv. Bruns, Savigny, loc. cit.). On voit combien la pénurie de textes rend cette matière obscure et difficile.

huit mois (L. 1, § 29 « De Aqua cottid. » 43, 30. L. 1, pr. « De Rivis » 43, 21).

Elle était donc variable, contrairement à l'erreur de Domat (lois civ. III, 7, sect. 1, § 3), reproduite par Bigot de Préameneu dans son rapport sur le titre de la Prescription. Domat pensait aussi que le Droit Romain attribuait un effet à l'annalité en ce qui concerne la Possession des immeubles. Les rédacteurs du Code civil avaient donc la conviction en établissant la règle de l'annalité, de suivre la tradition romaine, ce qui est aussi erroné que possible.

CHAPITRE VIII

SYSTÈME POSSESSOIRE DU BAS-EMPIRE

De l'Interdit « Momentariæ Possessionis »

CONCLUSION

153. Prétendue innovation, d'après Cujas et Ihering, d'un « Interdictum Restitutorium generale » à l'époque du Bas-Empire. De l'Interdictum « Momentariæ Possessionis ». — 154. Argumentation d'Ihering. 155. Objections. — Réfutation. — 156. Conclusion.

153. — La théorie des Actions Possessoires, telle que nous l'avons décrite, même avec le concours des autres actions que nous avons indiqué dans notre chapitre II (n° 54), présentait-elle un caractère irréprochable ? C'est ce que certains commentateurs modernes, admirateurs irraisonnés du Droit romain, n'hésitent pas à proclamer.

Il est difficile de méconnaître, toutefois, que la disparition de l'ancien Interdit « De Clandestina Possessione ; l'incertitude de la jurisprudence romaine sur les cas de dépossession des immeubles, enfin la notion rigide de la « vis » dans l'Interdit récupératoire unique qui subsistât, il est incontestable, dis-je, que tout cela, dans certaines hypothèses, empêchait que la Possession ne fût suffisamment protégée.

Aussi certains auteurs anciens, notamment Cujas (1), et cette doctrine a été reprise et soutenue avec éclat par Ihering (2), prétendaient que la théorie ancienne s'était, dans la législation impériale, singulièrement élargie, et qu'on avait organisé une protection possessoire contre toute « injusta possessio », dans un sens général.

Il nous reste, pour compléter notre étude du système Possessoire romain, à examiner cet « Interdictum res-

(1) Observat. I. 20, XIX, 16.
(2) Trad. Maulenære, p. 94 et suiv.

titutorium generale », qui ne serait autre que la reintegrande ou plutôt le « remedium spolii » du Moyen-Age (1).

Un point d'abord est hors de toute discussion : c'est que ni les Pandectes, ni Gaius, Paul ou Ulpien, ni les « Institutes » ne font mention de cet « Interdictum »; c'est un fait unanimement reconnu; l'innovation, s'il y en a une, se rencontrerait dans les textes du Code, et Justinien n'aurait en aucune manière pris le soin d'y plier certains passages du « Digeste », notamment le titre « De Vi ».

Le champ de la discussion étant ainsi circonscrit, voyons, avec Ihering, sur quoi se fonderait cette institution particulièrement remarquable, en ce qu'elle constituerait un des rares progrès de la législation du Bas-Empire, intéressante aussi en ce qu'elle servirait, pour ainsi dire, de transition naturelle aux Actions Possessoires du Moyen-Age.

154. — Les textes sur lesquels s'appuie Ihering se trouvent, à l'exception d'un seul, au titre du Code « De Acquirenda vel amittenda Possessione 7, 32 » et au titre « Unde Vi », des Codes Théodosien (IV, 22) et de Justinien (VIII, 4).

D'après lui, cette innovation résulterait tout d'abord des termes nouveaux que l'on voit surgir dans les constitutions de la fin du III[e] siècle et du commencement du IV[e] siècle, et qui indiqueraient sinon par eux-mêmes des idées nouvelles, au moins une notable altération des notions anciennes. C'est ainsi qu'on voit surgir un nouveau nom qui n'est en aucune manière l'équivalent des anciens: « Interdictum momentariæ Possessionis » (L. 8, cod, Unde Vi, 84, L. 8, cod Theod « De Jurisd », 2, 1) « Actio momenti » (L. 3, cod. Théod. eod. tit ») Momentaneæ possessionis actio » (L. 3, cod. qui legit. pers. 3, 6); c'est ainsi que l'expulsé a la « facultas ad repetendum momentum ». (L. 4, cod. Théod.) et le juge doit le restituer dans la « momentaria possessio » (Loi 1, c. Théod.).

(1) Generale Interdictum restitutorium momentaneæ Possessionis quod hodie beneficium redintegrandæ Possessionis vocamus (Cujas Loc. cit.).

On peut démontrer avec évidence que dans cette action « momentariæ Possessionis », il ne faut pas voir l'Interdit Unde Vi dans le sens des jurisconsultes de l'époque classique et il est deux particularités essentielles (1) qui l'en distinguent : 1° Il s'agit d'une action populaire, L. 3, cod. « qui legit. pers. », 3, 6, « momentariæ Possessionis actio exerceri potest *per quamcunque personam*.

2° Dans cette action, la notion de l'appréhension injuste de la Possession est étendue plus loin que l'idée de la *Vis*.

V. Rubrique 8, 5, cod. « si per vim *vel alio modo* absentis perburbata sit Possessio ». — L. 1, cod. « Ubi de Poss. » 3, 16, « ubi vis facta dicitur, *aut* momentaria possessio postulanda est ».

En outre de cette extension du trouble Possessoire, l'importance de la distinction est indiquée pour les matières criminelles :

L. 5, cod Unde Vi, 8, 4, « Invasor locorum *pœna* teneatur legitima, si tamen vi loca eadem invasisse constiterit. Nam si *per errorem aut incuriam domini* loca ab aliis possessa sunt sine *pœna* possessio restitui debet ».

L. 8. ad dict. tit., « Momentariæ Possessionis Interdictum quod *non semper* ad vim publicam pertinet vel privatam; mox audiri, interdum etiam sine inscriptione meretur ».

Ainsi plus de violence, une action populaire, tels sont les caractères de l'Interdit « momentariæ Possessionis » qui a absorbé tous les autres, car il en comprend toutes les hypothèses.

Savigny, il est vrai, a essayé d'interpréter la L. 5, dans un sens différent et s'est fondé sur le terme *domini* pour prétendre que c'est la « Reivendicatio » que ce passage a en vue.

Mais Ihering répond qu'il s'agit évidemment de la Possession; que, fort souvent, le « dominus » est con-

(1) Jac. Godefroy sur le cod. Théod. n'en cite pas moins de douze ; outre la célérité. L. 6, Unde Vi, 4, 22.

sidéré par les textes comme intentant les Actions Possessoires (V. « Dig., » L. 8 « De Vi », 43, 16), et que les termes employés au texte « invassisse loca possessa, possessio restitui debet » ne sauraient laisser subsister aucun doute.

Quant à trouver un cas d'application de l' « Unde Vi » où il n'y aurait pas eu lieu à une « accusatio ex lege Julia », Savigny, dit Ihering, ne saurait le faire. Il faut donc tenir pour constant que la « vis » dans l'Interdit classique donne lieu au « crimen vis », et on doit en conclure que l' « Unde Vi » et l'Interdit « Momentariæ possessionis » se distinguent profondément.

Ihering parcourt ensuite les applications qui, d'après lui, auraient été faites du nouvel Interdit dans :

1. Le cas d'erreur. — D'après la loi 5, cod., citée plus haut, le « dominus » ou plus généralement le Possesseur a vu occuper son fonds ou partie de son fonds par d'autres. La Possession doit être, dans ce cas, restituée « sine pœna ». L'intérêt pratique est manifeste; dans la mutation de la propriété des fonds ruraux, il peut arriver que le nouveau propriétaire n'ait pas une connaissance exacte de l'étendue de son champ et qu'il prenne, par erreur, trop ou trop peu dans sa Possession. Si, dans le premier cas, son voisin profite de cette erreur pour s'approprier le surplus, ou si, dans le second cas, il ne s'en aperçoit pas, cette erreur occasionne un changement dans le rapport possessoire, auquel il ne pouvait, d'après le Droit ancien, être remédié que par la « Reivindicatio » et non par un remède possessoire (V. L. 37, § 1, « De Usurp. », 41, 3).

Un seul point est difficile : on peut se demander si l'expression « per errorem » doit être entendue seulement de l'erreur du Possesseur précédent ou de celle de l'occupant, de l'usurpateur. Or, d'après la loi 11, « Cod. hoc. tit. », on ne peut mettre en doute que l'obligation de restituer n'existe aussi dans le cas d'erreur de l'occupant.

2. Infidélité du représentant. — Lorsque le détenteur « alieno nomine » abandonnait à un tiers la Pos-

session du fonds, le Possesseur n'avait, dans l'ancien Droit, aucun moyen possessoire contre ce tiers.

Le droit nouveau a comblé cette lacune. Déjà, la L. 6, § 1, Cod. « hoc. tit. » (L. 2, Cod. Théod. « hoc. tit. »), de Gratien et Valentinien (382), y avait pourvu pour le cas spécial où les tuteurs auraient, par collusion, cédé à l'adversaire la Possession de leur pupille. Le pupille ne devait pas souffrir de cette « culpa temeritatis alienæ : sed illico quidem possessio ei a quo ablata est, reddatur ». C'est bien d'un remède possessoire qu'il s'agit, puisque cette disposition est au titre de l' « Unde Vi ».

Dioclétien avait édicté la même disposition dans la L. 5, Cod. « De acquir. Poss. » (7, 32), pour le cas de vente de la part du fermier. L'expression « dominii tui jus non convelli » peut, il est vrai, être entendue de la revendication, mais il s'agit bien de la Possession, car la rubrique du titre est : « De acquirenda et retinenda Possessione », et la proposition énoncée au commencement du passage ne saurait laisser aucun doute : « Nemo causam *Possessionis* sibi mutare potest ».

Justinien, dans la L. 12, Cod. « De Poss. », 7, 32, a généralisé cette décision : « Ut sive servus, sive Procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, etc. »

Le propriétaire ne souffrira donc aucun dommage ; on lui restituera sa chose à cause, non de sa propriété, mais de la Possession.

Il est vrai qu'il y a une grande divergence d'opinions, et qui remonte jusqu'aux glossateurs, sur le point de savoir si la Possession continue ou si elle a cessé.

Or, contrairement à l'opinion de Savigny, Ihering pense qu'elle a cessé (contrairement à la L. 3, § 6, de Paul « De adquir. Poss. », 41, 2), en s'appuyant sur un texte d'Africain, L. 40, § 1, et un texte de Papinien, L. 44, § 2 (eod. tit.).

La L. 12, Cod., prévoit donc que la Possession est recouvrée dans un cas où il n'y aurait pas application des règles anciennes.

3. Disposition judiciaire illégale. — Le principe de

la nullité d'un changement de Possession, en vertu d'une décision judiciaire illégale, est reconnu par le Code, L. 2 « Cod. Si per vim », 8, 5, et dans la L. 3, « Cod. qui legit. », 3, 6.

Aux termes du premier passage, un rescrit impérial ou une décision judiciaire qui prononce une transmission de propriété ne sauraient être exécutés en l'absence du Possesseur actuel.

Le second texte dispose que l'envoi en Possession judiciaire obtenu par surprise, surtout lorsque l'adversaire n'a pas été entendu, ne peut porter préjudice à ce dernier et que l'exécution éventuelle de l'ordre d'envoi peut être annulée au moyen de l'« actio momentariæ Possessionis ».

La L. 2, Cod. Theod. « Unde Vi » (4, 22), cite encore un cas d'appréhension clandestine de la Possession sous couleur de droit : c'est celui où l'on a abusé d'un rescrit (« neque vulgato rescripto, neque adversario solemniter intimato). Il y avait lieu, dans ce cas, à une action Possessoire, comme le prouve l'insertion du passage au titre « Unde Vi ».

4. Appréhension de la Possession d'un Absent. — Dans la L. 11, cod. « Unde Vi » 8, 4 Justinien décide que ceux qui « vacuam possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt, sont des « prædones » qui doivent restitution d'après les règles de l'ancien Droit. Il est vrai qu'on n'est pas d'accord sur le sens du terme « vacua ».

Faut-il voir là, avec Savigny, une possession perdue par la seule absence du Possesseur, la « Possessio » de la L. 37, § 1 « De Usurp. » 41, 3. « Quæ ex negligentia domini vacat. » ? M. Ihering pense au contraire qu'il s'agit d'une Possession durant encore bien qu'elle ne soit exercée ni par le possesseur, ni par ses représentants. Savigny prêterait, en effet, à Justinien cette anomalie d'avoir créé une protection pour la Possession abandonnée par le Possesseur lui-même, ce qui ne se concilie nullement avec ce qu'il dit lui-même du droit antérieur qui n'accordait aucune protection quand la Possession avait été enlevée sans violence. A ces raisons,

ajoute Ihering, joignez l'excuse que Justinien met dans la bouche des occupants : « quod per ignorantiam rem alienam quasi propriam occupaverint », et vous resterez convaincu que dans la décision soumise à l'Empereur, il s'agissait d'un rapport possessoire existant.

Or, si dans l'ancien Droit, on n'accorde pas l'« Unde Vi » au Possesseur dépouillé qui se résigne à supporter la soustraction, après en avoir eu connaissance et si Justinien accorde dans ce cas un remède possessoire, comment méconnaître la portée de l'innovation, comment prétendre que l'Interdit « Momentariæ Possessionis » n'est pas un Interdit plus large, dont le but est de faire restituer contre toute « possessio injusta latissimo sensu ».? L'évolution est donc complète ; les lacunes de l'ancienne doctrine sont comblées, le « remedium spolii » est dès lors constitué.

155. — On ne saurait méconnaître la vigueur de cette argumentation ingénieuse. Nous ne croyons pas cependant devoir adopter la théorie de Cujas et d'Ihering avec son caractère de généralité. Il est bien certain que l'argumentation de Savigny n'avait pu sérieusement l'entamer, mais M. Bruns, dans ses Besitzklagen, lui a opposé les arguments les plus pressants et les plus décisifs.

— Il observe d'abord que les innovations dans la terminologie n'impliquent en aucune façon par elles-même cette innovation radicale.

La suppression du système formulaire sous Dioclétien ne toucha pas, en somme, aux règles de fond des Interdits ; les lois contemporaines ou même postérieures parlent toujours d'actions données « ad exemplum Interdicti ». L. 3, Cod. « De Interdictis », 8, 1 (Dioclétien); L. 2, 4 « Unde Vi », 3, 4 (Dioclétien (1).

Justinien lui-même, dans les « Institutes » IV, 15, § 8, nous dit fort nettement que rien n'est changé aux règles de fond des Interdits : « De Ordine et exitu Interdictorum supervacuum est hodie dicere, nam quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie

(1) P. 84 et suiv. Comp. Randa, p. 133, 134 ; Meischeider, p. 463 et suiv.

omnia judicia, non est necesse reddi Interdictum, sed perinde judicatur sine Interdictis, *atque si utilis actio ex causa* Interdicti reddita fuisset ».

Rien non plus dans les Pandectes ne paraît révéler une pareille innovation; au contraire, Justinien y reproduit des solutions anciennes qui seraient en contradiction évidente avec le système nouveau qu'on prétend rencontrer au Code.

Il est bien vrai que, concurremment avec les expressions anciennes, on voit apparaître des expressions qu'explique la corruption de la langue juridique : « Momentariæ Possessionis Interdictum, actio momenti, actio recuperandæ Possessionis (L. 1, Cod. 8, 5; L. 1, Cod. 6, 16; L. 8, Cod. Théod., 2, 1; L. 8, Cod. 8, 4).

Mais on ne peut rien en induire de précis. Le « momentum », c'est la Possession du moment; l' « actio momenti », c'est l'action Possessoire d'une façon vague et générale, d'une façon indéterminée, voilà tout.

Bruns examine ensuite les textes invoqués par l'opinion contraire.

M. Ihering trouve deux caractères nouveaux à l'« Interdictum momentariæ Possessionis » :

1° En s'appuyant sur la L. 3, Cod. 3, 6, que c'est une action populaire. Cette loi n'a rien de décisif, car elle s'applique aux biens des absents. On constitue pour eux une représentation légale sur un point particulier; ce n'est là qu'une innovation de détail;

2° La violence ne serait plus requise, mais la rubrique au Cod. 8, 5 n'a rien de décisif; il s'agit encore de biens d'absents.

Quant à la L. 1, Cod. 6, 16, elle ne vise que l'hypothèse ancienne « Ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria Possessio postulanda est ». Il y a deux règles, il est vrai : l'une qui concerne le fondement de l'action, la « vis facta »; l'autre qui traite de la compétence, qui indique devant quel juge devra être portée l'action. Mais il s'agit toujours de la même Possession.

Pour la loi 8, Cod. « Unde Vi », 8, 4, elle n'est pas plus décisive, car il est des cas où il y a lieu à l'« Unde

Vi » sans « crimen vis », sans « accusatio ex lege Julia »; quand l'Interdit par exemple est donné « in id quod pervenerit ».

Si les textes généraux invoqués par M. Ihering n'ont rien d'irréfutable; les applications qu'il a cru trouver de son principe général ne sont pas moins discutables.

1° Dans la L. 5 « Unde Vi » 8, 4, il ne s'agit pas d'une action possessoire, non plus d'une revendication comme le prétend Savigny, mais d'une action « Finium Regundorum ». Il faut la lire au Cod. Théod. où elle est rapportée complètement au titre « Finium Regundorum L. 1, 2, 26. Il s'agit d'une instance où le pétitoire et le Possessoire étaient dans une certaine mesure cumulés. C'est donc, dit Bruns (p. 91), une hypothèse spéciale.

2° L'innovation n'existe pas non plus au cas d'infidélité du représentant.

La L. 5, cod. 7, 32, vise un cas d'usucapion, c'est la seule interprétation qui explique ces mots « dominii tui jus convelli non sinet ». La loi 6, § 1 « Unde Vi » 8, 4 qui parle du tuteur infidèle qui a livré la Possession de son pupille, d'après Ihering, n'est, d'après Bruns, qu'une dérogation à la loi 7, Cod. « Unde Vi » 8, 4, sur la perte de la Possession en cas de violence. Dans un intérêt de protection pour le mineur, si le tuteur s'est emparé par violence d'un bien pour le compte du mineur, celui-ci ne perd pas son action pourvu que la Possession soit restituée sur-le-champ à celui à qui elle a été enlevée.

Quant à la loi 12, code 7, 32, elle n'a pas la portée qu'y voit Ihering. Il y avait controverse dans l'ancien Droit, entre les Proculiens et les Sabiniens sur le point de savoir comment on perdait la Possession quand on l'exerçait par un détenteur. Les Sabiniens la déclaraient perdue dès l'abandon du détenteur, les Proculiens, et c'est là l'opinion qui a prévalu, exigeaient l'occupation effective par un tiers. Or, Justinien applique en termes généraux l'opinion proculienne. Il décide simplement que l'abandon de la chose faite par le détenteur négligent ne pourra porter préjudice au pos-

sesseur, c'est-à-dire qu'il ne pourra par lui-même faire cesser sa Possession.

3° Pour les textes qui visent les ordres illégaux de l'autorité, ils s'appliquent encore, comme Bruns le fait remarquer, aux biens d'absents.

4° C'est donc dans cette seule hypothèse que la législation impériale a introduit des innovations qui sont d'ailleurs des solutions particulières bien loin d'avoir la portée générale que leur prête Ihering; nous les avons expliquées à mesure en parlant de chaque Interdit, il ne nous reste qu'à les résumer.

On les rencontre d'abord dans une constitution de Constantin, L. 1, cod. « Si per vim » 8, 5. Cette loi se réfère au cas où l'on possède par un détenteur. Constantin déclare que ce détenteur, fût-il esclave, peut agir pour le Possesseur absent; il ajoute que ce Possesseur à quelque époque qu'il revienne aura l'action « recuperandæ Possessionis ». C'est pour un cas spécial la reconstitution de l'Interdit de « clandestina possessione » qui avait disparu avec l'introduction de la règle qu'on pouvait retenir la Possession de l'immeuble « animo solo ». La rubrique d'ailleurs du titre V, livre 8, indique bien qu'il s'agit d'une protection pour les absents exclusivement : « Si per vim vel per alio modo absentis perturbata est Possessio ». Il y a là, comme nous l'avons reconnu, une véritable constitution d'un « jus in re » pour l'absent.

La L. 2 cod. 8, 5, indique aussi que hors le cas de contumace on ne saurait prendre de décision au fond contre un absent.

La L. 3 cod. « qui legit. person. » 3, 6 restitue un absent contre l'usurpation de ses biens faite par un mineur.

Enfin la L. 11 « Unde vi », 8, 4, statue aussi en faveur d'un absent. Cette loi est l'objet de vives controverses, il est vrai; on n'est pas d'accord sur ce qu'on doit entendre par la « vacua possessio absentium ». Savigny comme nous l'avons vu, pense qu'il s'agit d'une Possession réellement perdue. Ihering et Bruns estiment au contraire qu'il s'agit d'une Possession

conservée en droit « animo solo », d'après les anciens principes, et l'on peut invoquer en ce sens le texte: « vacuam Possessionem... detinuerunt » Quoi qu'il en soit, cette loi indique bien qu'il s'agit d'un remède spécial, d'une décision d'espèce. L'Empereur reconnaît que ni l'« Unde vi » ni les autres Interdits ne peuvent servir, mais en raison de la faveur que mérite la situation de l'absent, le fait qu'il est difficile pour lui de prouver son « animus » persistant si l'on adopte la théorie d'Ihering, et que d'autre part, si l'on admet qu'il a perdu la Possession, il l'a perdue sans le savoir, décide l'Empereur à lui conserver l'action.

— Mais s'il s'agit d'une contestation entre présents, Justinien n'innove pas; cette loi décide implicitement que les anciennes règles sont maintenues.

156. — C'est donc forcer le sens et la portée de ces textes que d'y voir une généralisation, une innovation heureuse du Droit du Bas-Empire. On n'y rencontre que des décisions particulières dérogatoires aux principes, cela est certain, rédigées d'une façon assez ambigue, mais aucune trace d'un système nouveau plus large, plus rationnel que l'ancien.

On peut dire seulement que le système Possessoire du Droit classique s'est altéré sensiblement; de nouveaux termes, vagues et sans précision, sont entrés dans le langage du Droit; la règle que la Possession des immeubles se conserve « animo solo », si bien expliquée par Ulpien, n'est plus nettement comprise; on n'en aperçoit plus les conséquences rationnelles. Mais la tradition, en ce qui concerne les règles fondamentales des Interdits, bien que leur procédure originale ait depuis longtemps disparu, s'est conservée intacte dans ses grandes lignes.

ANCIEN DROIT

CHAPITRE I

Section I. — *Droit Canonique* — 157. Généralités sur le développement de la puissance de l'Eglise, sur son droit propre et sa juridiction. — 158. Importance du Droit canon pour l'étude historique des Actions Possessoires. Extension de la Possession. — 159. Actions Possessoires canoniques. « Remedium spolii ». Son origine. Le Canon « Redintegranda ». — 160. Développement du « Remedium Spolii ». Le Canon « Sæpe ». Décadence de ce moyen possessoire. — 161. Du « Summarissimum ».

Section II. — *Droit Celtique, Droit Germanique et Franc.* — 162. Lois Cambriennes. — 163. Disparition du droit celtique en Gaule. Les Francs suivent le Droit Germanique. — 164. De la « Gewere » germanique. Ce n'est ni la Possession ni la saisine. — 165. Loi salique. Le titre de « Migrantibus » donné comme l'origine des Actions Possessoires. Discussion et réfutation de cette opinion. — 166. Première mention de l'annalité dans le titre « De Migrantibus ». — 167. Historique de la prescription annale jusqu'à l'établissement du régime féodal.

Section III. — *Droit Féodal.* — 168. Origine des fiefs. Nature du droit du vassal. — 169. Le système féodal n'admet ni prescription ni système possessoire. Action spéciale qui protège la saisine. — 170. Décadence du régime féodal. Persistance de l'annalité pour certaines prescriptions. — 171. Ce que devint la saisine en dernière analyse. Distinction de la saisine de droit, de la saisine de fait et de la saisine conférée par justice. — 172. Application de l'annalité à la saisine. Conclusion.

Section IV. — *Droit Normand.* — 173. Actions Possessoires dans le Droit Normand. Généralités. — 174. Le Haro sous l'ancienne coutume ; Haro criminel ; extension de Haro aux matières civiles. — 175. Le Haro sous la nouvelle coutume. — 176. Disparition du Haro. Conclusion.

Section V. — *Droit Français coutumier.* — 177. Etablissements de saint Louis. — 178. Coutume de Beauvoisis de Philippe de Beaumanoir. — 179. Innovation de Simon de Bucy. — 180. Système Possessoire à la fin du XIV^e^ siècle. Le Grand Coustumier. — 181. Somme rural de Jean Le Boutheiller. Somme d'Othon le Senonais. Influence du Droit Romain. Apparition de la Dénonciation de Nouvel Œuvre. — 182. Action prépondérante du Droit Romain au XV^e^ et au XVI^e^ siècle. Rédaction des coutumes. — 183. Ordonnance de 1667. — 184. Dernier état des Actions Possessoires sous l'Ancien Droit. Conclusion. — 185. Le Droit Intermédiaire et les Codes n'ont rien innové. Travaux préparatoires. Insuffisance de la loi du 25 mai 1838.

Droit Canonique

157. — Née au milieu de l'Empire romain, comblée par les Empereurs chrétiens de distinctions et de privilèges, l'église forma vite comme un corps distinct ayant ses chefs propres et ses lois particulières, mais gardant toujours l'esprit du Droit Romain. Nous n'avons pas à faire, ici, l'histoire du développement de la puissance pontificale et les progrès continus de la religion chrétienne dans le monde barbare. Nous remarquerons simplement qu'après le morcellement de l'Empire, grâce à sa puissante cohésion maintenue par une forte discipline, grâce au principe de la personnalité des lois chez les nations barbares, le Clergé subsista pour ainsi dire à l'état de nation indépendante, tout au moins de corporation libre de s'administrer par ses statuts propres. « Les Eglises, dit Savigny, considérées comme personnes juridiques, suivaient naturellement le Droit Romain. D'abord elles l'avaient toujours suivi et le maintien de leur Droit était alors pour les peuples article de foi ; en outre il leur était indispensable à cause des règles qu'il contenait sur leurs nombreuses prérogatives sur tant de matières étrangères au Droit Germanique. Les mêmes motifs existaient pour les Droits personnels des clercs, quelle que fût leur origine. Le clergé formait une nation nouvelle dont les membres étaient engagés par une foule de privilèges à adopter le Droit Romain. » (Savigny, Hist. du Droit Romain, T. I, Ch. 3, § 40).

L'Eglise avait aussi une juridiction indépendante, celle des évêques ; simple arbitre d'abord, l'évêque ne peut être saisi que du consentement des deux parties ; mais une fois saisi, d'après une constitution de Constantin (Cpr. cod. Théod. « De Episcop.) » il devient juge sans appel. « Quant au clergé, ce qui n'est pour les laïques qu'une exhortation est pour lui un devoir. Par suite défense est faite aux clercs sous menace de peines ecclésiastiques, de déférer aux tribunaux séculiers les contestations nées entre eux ; ils devaient s'adresser aux

évêques et les évêques au synode ». Walter, Man. Droit Ecclésiat. IV, 3, § 177.

Le Droit particulier de l'Eglise se greffa donc sur le Droit Romain. Il comprit en premier lieu l'Ecriture sainte et les cinquante canons ou décrets des Apôtres, les canons des quatre premiers conciles généraux, puis à mesure les décisions des conciles qui se succédèrent à travers les siècles, enfin les lettres des Pontifes. On y joignit les constitutions des Empereurs chrétiens qui avaient constitué l'église en l'état éminent et privilégié qu'elle prétendait maintenir dans le monde nouveau (1).

Le Droit Canonique ainsi constitué fut non-seulement reconnu par les Mérovigiens et Carlovingiens (Edit de Clotaire II, art. 4 (614); (Dom Bouquet, IV, p. 118.) Cap. de Charlemagne (803); de Louis (877); (Baluze I, p. 412, II, p. 271), mais encore modifié dans un sens favorable. Le *privilège clérical* fut reconnu dans toute son étendue ; les empereurs carlovingiens même chargèrent le pouvoir temporel de contraindre les pécheurs a exécuter les pénitences publiques prononcées par les évêques (V. Alauzet, p. 204).

En droit civil, outre la compétence exclusive des évêques pour les contestations entre clercs, même entre séculiers et clercs (Novelles 79, 83, 123), outre le patronnage des croisés et des femmes veuves, l'église avait encore une juridiction extrêmement étendue entre laïcs « ratione materiæ » et tendait à l'augmenter tous les jours. Sous prétexte du sacrement de mariage et des nullités qui sans difficulté leur étaient dévolues, les juges ecclésiastiques prétendaient connaître des conventions matrimoniales comme de la légitimité et de la filiation. L'accomplissement des dernières volontés d'une personne décédée est un devoir de conscience ; en outre on supposait qu'il ne devait pas y avoir de testa-

(1) V. Alauzet. Histoire de la Possession et des Actions Possessoires en Droit Français, p. 198. Voir le même auteur en ce qui concerne les sources du Droit Canonique ; les Fausses Décrétales (p. 201) puis la collection de Gratien, la collection de Raymond de Pennafort (« Liber decretalium » de Grégoire IX, le « Liber sextus », les Clémentines, les Extravagantes (p. 202, 203) dont la réunion constitue le « corpus juris canonici »).

ments sans legs pieux ; la connaissance des testaments leur appartenait donc et par suite les scellés et les inventaires ; toutes les obligations garanties par serment rentraient aussi dans leur compétence, à cause de la sainteté de cet acte. Quant aux sacrements, au service divin, aux sépultures, aux oblations, aux dîmes, aux droits de patronage, aux bénéfices, c'étaient autant de matières évidemment écclésiastiques. (Alauzet p. 206)(1).

158. — Exagération de la Possession en Droit Canonique.— Ces considérations générales étaient nécessaires pour bien faire comprendre l'importance historique du Droit Canonique pour la genèse de nos actions Possessoires modernes. Elles suffisent à montrer comment le Droit civil se pénétra peu à peu de principes nouveaux qui devaient par la suite donner comme une sève nouvelle au Droit Romain restitué.

Au point de vue spécial de la Possession un fait caractéristique observé par tous les auteurs (Savigny, Randa, Meischeider, Alauzet), c'est l'extention considérable donnée à la Possession. Evidemment la nature des choses explique en partie cette particularité. La notion de la Possession dut s'étendre à une foule de droits nouveaux établis sur le sol par le Droit féodal et inconnus du Droit Romain ; les droits de juridiction et de suzeraineté, les dîmes, les corvées, les bénéfices, l'exercice du pouvoir épiscopal et la jouissance du temporel qui en dépendait (Savigny, Poss. p. 476) ; puis c'est le fait des sociétés troublées d'absorber la propriété dans la Possession, le Droit n'est rien, le fait est tout et l'on doit poser sur des bases très larges et très énergiques la protection de cette Possession. « L'Eglise qui avait assumé une sorte de dictature morale, seule capable d'en imposer aux passions grossières et brutales du moyen-âge, fut aussi amenée pour pouvoir appliquer la protection possessoire néces-

(1) Par une réaction quasi forcée les rois aidés des Parlements réduisirent à peu près à néant toute la juridiction ecclésiastique, en France notamment. « Ce qui doit consoler les évêques de voir leur jurididiction réduite à des bornes si étroites est que, dans son origine et suivant l'esprit de l'église, elle ne consistait pas à faire plaider devant eux, mais à empêcher de plaider. » (Fleury Institut. du Droit Canon III, V).

saire à maintenir un peu de tranquillité et d'ordre, à étendre à outrance l'idée de la Possession ; cela peut confondre le jurisconsulte, l'historien ne se sent pas le droit de blâmer (Bourcart, n° 59) (1).

C'est pour ces motifs qu'au XII[e] et au XIII[e] siècle on voit le domaine des choses susceptibles de Possession singulièrement étendu. Outre les cas cités plus haut le droit d'élection, le droit de présentation, l'état de mariage même, en somme toutes les matières soumises à la juridiction de l'Eglise sont susceptibles de Possession (Randa, p. 529 530. La maxime « spoliatus ante omnia restituendus » forme en quelque manière une sorte d'exception préjudicielle à toute action. Par exemple l'époux répudié sous prétexte de parenté doit être remis en Possession avant toutes choses. L'action en nullité ne peut sous aucun prétexte être reçue auparavant.

On peut donc dire avec Brùns que tous les droits, sauf ceux qui y répugnent par leur nature, qui ne sont pas susceptibles de durée ou de renouvellement, qui s'épuisent par leur usage même, on peut dire que tous les droits peuvent être possédés. (Bruns. La Possession au Moyen-Age, p 204 et suiv.).

159. — Les Interdits Romains, l' « Utis Possidetis » et l' « Unde Vi », tels qu'ils étaient à la dernière époque du Droit Romain, continuèrent à protéger la Possession ainsi élargie ; la théorie de la dépossession dut naturellement recevoir les modifications nécessaires pour se plier à la « juris possessio » nouvelle. Ce fut tout. Et lorsqu'au commencement du XII[e] siècle, Irnerius restaura à Bologne l'étude du Droit Romain, la science du Droit ne s'était enrichie de ce chef d'aucune théorie nouvelle. La collection de Gratien (1150) n'indique pas non plus d'innovation ; les Interdits restèrent ce qu'ils étaient en Droit Romain.

Mais à côté d'eux dévait se développer une action

(1) C'est donc à tort que Randa (p. 529) prétend que l'Eglise à titre d'abstraction a été naturellement portée à en voir autour d'elle. Elle a simplement confondu le plus souvent le domaine de la Possession et de la propriété.

propre au Droit Canonique, dont l'origine est controversée aussi bien que le sens, le *Remedium Spolii*.

Le « Remedium Spolii » est un moyen Possessoire en faveur des évêques et généralement des ecclésiastiques qui tend à la restitution, non-seulement dans le cas de violence, mais dans tous les cas de dépossession injuste. Il s'étend aux meubles aussi bien qu'aux immeubles; il est accordé contre tout détenteur et n'est arrêté ni par l'exception de Possession vicieuse ou même criminelle, ni par la prescription. (Bourcart, n° 61 « in fine », Randa, p. 246).

Où puise-t-il son origine? Dans le célèbre Canon « Redintegranda », emprunté par Gratien à la collection Pseudo-Isidorienne. Tout le monde, aujourd'hui, s'accorde à reconnaître à cette décrétale une origine apocryphe. « On assiste stupéfait, observe M. Bourcart, p. 145, on assiste stupéfait au spectacle d'une innovation dont la portée eût dépassé peut-être l'omnipotence d'un empereur romain et qui repose uniquement sur un texte imaginaire et falsifié sans pudeur! » La vérité est que l'auteur de la fausse décrétale, outre qu'il met sous le nom respectable des Pontifes son opinion personnelle, agit un peu à la manière d'un jurisconsulte qui tire un argument contestable de textes particuliers auxquels il donne une portée générale. Les deux Conciles surtout visés, tenus, l'un en 364, à Lampsaque, l'autre à Rome, en 501, avaient émis de simples vœux dans des espèces particulières. Il s'agissait d'évêques privés de leurs sièges par un Concile arien et du pape Symmachus, également destitué sous le coup d'accusations graves. Le vœu des Conciles qu'avant de juger les évêques, on les remette en possession de leur siége, le rédacteur de notre décrétale le transforme en règle générale et obligatoire (1): Tout évêque dépossédé ou dépouillé doit être immédiatement restitué et réintégré avant toute accusation :

(1) Gratien a puisé, dans trois monuments apocryphes à la fois, une fausse décrétale du pape Jean, une autre d'Eusebe et le symbole de Symmachus (Cfr. Savigny, p. 600 et suiv.).

« Nullus expoliatus episcopus debet accusari priusquam integerrime restauretur », dit Savigny.

Voici le texte même de Gratien (« Decret Gratiani Pars. 2, caus. 3, quæst. 1, ch. 3) : Redintegranda sunt omnia exspoliatis, vel ejectis episcopis præsentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abcesserant, funditus revocanda, *quacumque conditione temporis*, aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, *aut per quascumque injustas causas*, res ecclesiæ, vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur *ante accusationem* aut regularem ad synodum vocationem eorum et reliqua ». (Cpr. d'autres lectures données par Savigny, p. 510, n° 2).

On est loin d'être d'accord sur la portée de ce texte, et si notre réintégrande a tiré son nom du premier mot de ce canon (« redintegranda sunt omnia »), si la pratique canonique n'a cessé d'en reporter l'origine à cette décrétale, la plupart des auteurs modernes prétendent 1° qu'on ne peut pas dire qu'il s'agit-là d'une Action Possessoire plutôt que d'une Revendication; 2° que ce texte était absolument particulier à l'hypothèse de l'évêque dépossédé (Savigny, p. 513. Alauzet, p, 215).

Nous pensons au contraire que c'est une action ou plutôt une exception Possessoire ; il suffit d'être en possession du siège sans avoir à prouver par exemple l'institution canonique. Le texte « redintegranda sunt omnia », ne se prête pas non plus à l'idée de revendication. Puis le remède n'eût pas eu toute l'énergie nécessaire si on avait exigé la preuve longue et difficile d'un Droit (1).

D'autre part sans doute, l'exception « spolii » suppose : 1° un évêque ou en général un ecclésiastique, victime de violence ; 2° une accusation criminelle. Mais l'auteur de la violence peut être un laïque, et dans ce cas l'église agit contre lui par l'excommunication. « Fratres quos timore terreno damnastis, scitote a nobis esse restitutos... si non vultis, vos et principes vestri, a

(1) Le C. 1, le C. 2 qui précèdent répugnent aussi à l'opinion contraire.

membris ecclesiæ separari præcipimus » Bruns (Possession au Moyen-Age, p. 148. Bourcart, n° 61).

160. — Parti de ces humbles origines, le « remedium spolii » devait cependant devenir en quelque sorte l'unique Action Possessoire Canonique. Lorsque les Actions Possessoires du Droit Romain eurent été introduites dans le Droit Canon par les Decretales Gregoriennes (V. Alauzet, p. 216-217), le « remedium spolii » s'enrichit de leurs règles, il aurait pu les remplacer comme plus ample et plus efficace, mais on ne se piquait guère alors de simplicite et de logique. L' « Uti Possidetis » et l' « Unde Vi » subsistèrent, le « remedium spolii », constitua l' « *ultimum præsidium.* Quando omnia deficiunt, non cessat remedium ex can, Red. competens pro quolibet non juridica jurisdictione » (Bruns, p. 244). (1)

Bientôt même on tendit à l'accorder au *simple détenteur* mais le pape Innocent III n'admit pas cette innovation. C'est ce qui résulte de la décrétale également célèbre. « Sæpe contingit » Decr. Greg. Livre II, Titre, 13, C. 18. « De Restitut. Spoliat »).

« Sæpe contingit quod spoliatus, per spoliatorem in alium re translata (dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato), commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum, juris proprietatis amittat effectum. Unde non obstante juris civilis rigore sancimus ut si quis de cetero scienter rem talem receperit, cum spoliatori quasi succedat in vitium (eo quod non multum intersit quod a periculum animæ, injuste detinere ac invadere alienum), contra Possessorem hujus modi spoliato per restitutionis beneficium succurratur ».

Suivant nous, ce canon, sur la portée duquel on a si fort discuté, pose trois principes principaux. — a. Les

(1) De très vives controverses se sont aussi élevées sur la portée de la Decretale « Olim causam » d'Innocent III (1199). Nous pensons que cette décrétale et surtout la glose du Palermitain ne peuvent que confirmer nos solutions sur le sens du canon « sæpe (qui petit restitui, duo probare debet : *se possedisse* et *spoliatum fuisse* ; sed *hic non possidebat.* » Cpr. Discussion entre Bélime, n° 373 et Troplong, n° 297. V. Alauzet, p. 218 et suiv.)

règles romaines sont maintenues en ce qui concerne l'exigence de la Possession, non de la détention. — *b.* Mais l'Eglise en revient aux règles anciennes de l'Interdit « De Vi », et repousse l'exorbitante innovation impériale en vertu de laquelle le spoliateur, fût-il même légitime propriétaire, devait rendre le fonds dont il s'était emparé par violence et perdait le droit de revendiquer par la suite. — *c.* Innocent III déclare en plus que d'après le droit strict, la restitution ne saurait être exigée que de l'auteur de la violence et non de ses ayants-cause à titre singulier, fûssent-ils de mauvaise foi. Mais comme, dit-il, il n'y a guère de différence au point de vue du péril de l'âme entre détenir injustement et usurper, il abandonne la règle du Droit Romain et décide que l'ayant-cause de mauvaise foi sera tenu comme l'auteur de la violence. *L'Action Possessoire prenait par suite un caractère* de réalité inconnu jusque-là.

La pratique tint, d'ailleurs, peu de compte du canon « Sæpe ». Les papes furent souvent obligés d'intervenir contre l'exagération avec laquelle on appliquait la Décrétale « Redintegranda ». L'exception « spoliatus ante omnia restituendus » fut restreinte au Concile de Lyon (1245) : « In civilibus negotiis spolationis objectu, quæ ab alio quam ab actore facta proponitur, judex procedere non proponat. Illum spoliatum intelligi in hoc casu, cum criminaliter accusatur, qui tota sua substantia vel majore parte ipsius se per violentiam destitutum affirmat. — Si spoliatus de spolatione contra suum accusatorem excipiat, ei tempus a judice debet indulgeri, infra quod restitutionem imploret; quod si infra tempus indultum non petierit, deinceps potest accusari ». Texte II, titre 5, c. 1 (1).

Cette tentative de ramener l'exception à son vrai sens fut absolument sans effet. Au quatorzième et au quinzième siècle, le « Remedium spolii » est une action classée définitivement. On s'accorde à reconnaître

(1) Innocent IV était allé jusqu'à nier l'existence de l'« actio spolii ». V. Bruns, p. 223.

qu'elle s'applique *au simple détenteur*, qu'elle est *donnée pour les meubles comme pour les immeubles.*

Quant à la notion de la dépossession et de la violence, elle est singulièrement modifiée. D'ailleurs, la « dejectio » par « vis atrox » d'une « juris possessio » se conçoit difficilement. Tout acte donc qui s'oppose au renouvellement de l'exercice d'un droit est une dépossession, par exemple l'omission d'un électeur dans la convocation du chapitre qui doit élire un abbé, un évêque, la répudiation de la femme par le mari, l'abandon par la femme du domicile conjugal. — De plus, la dépossession ne doit pas nécessairement émaner du débiteur de la redevance et du droit. Elle peut émaner d'un tiers et c'est alors contre le tiers que le « remedium spolii » sera accordé. Constituera donc le trouble pour notre action, l'opposition d'un tiers au paiement d'une redevance. — Enfin on en arriva, selon la remarque de Bourcart (p. 153), à dépasser véritablement les limites de la justice et de la raison ; on en arriva à présumer l'*iniquité de la dépossession*, *à présumer la violence* : « Et sic sentit apertissime, quod non incumbat actori onus probandi, se injuste perdidisse possessionem, sed præsumitur quod injuste amiserit, eo ipso quod non probatur contrarium ».

La preuve de la Possession ancienne suffisait à prouver spoliation ; on n'avait pas à établir comment on avait été privé de sa Possession, encore moins qu'on l'avait été injustement (V. Alauzet, p. 222). D'où vient que la Possession ancienne « antiquior possessio » vaut mieux que la Possession nouvelle « possessio nova ». — Enfin, toutes les exceptions étaient irrecevables, certains même allaient jusqu'à repousser la prescription de trente ans.

Cette action et cette exception de Réintégrande, ainsi exagérées, n'eurent guère de succès en France, où, d'ailleurs, les Parlements réduisirent à rien la juridiction ecclésiastique. « Une exception célèbre chez les canonistes est celle de spoliation... Sur ces fondements, on avait introduit plusieurs chicanes. Aussi cette exception de spoliation fut-elle restreinte en diverses manières

au concile de Lyon et à *présent il ne s'en parle plus en France* ». Fleury III, 16. Dans le même sens, Durand de Maillane. Dict. de Droit Can. V° Intrus.

N'a-t-elle pas néanmoins laissé des traces dans notre Droit civil? C'est ce que nous aurons l'occasion d'examiner par la suite.

En Allemagne, au contraire, elle s'implanta très solidement et y a persisté jusqu'à la fin du siècle dernier. (Savigny, p. 509 et suiv.; Bruns, p. 213 et suiv.; Randa, p. 144 et suiv. (1).

161. — Du « Summarissimum ». — Savigny, p. 522 et suiv., nous indique, à côté du « remedium spolii », l'existence d'une procédure extrêmement simplifiée et rapide pour parer *à la crainte seule des violences*. Il semble que c'est une décision provisoire assez semblable à la récréance de notre ancien Droit, pour assurer la paix pendant la durée du procès. Dans le même sens, Meischeider, p. 142 et suiv., cite le texte suivant : « Nuda et mera manutentio ac defensio in possessione vel quasi, donec plenius fuit cognitum... ut lite pendente, qui vere sit in possessione, minime turbetur. »

D'après Bruns, au contraire, p. 232 et suiv., le « summarissimum » n'est pas un provisoire à l'« ordinarium »; mais il remplace cet « ordinarium » quand les parties sont d'accord; c'est une sorte d'instance arbi-

(1) Que devint le Droit Romain en Italie? — Tout le monde, convient que le Droit Germanique n'y eut qu'une influence des plus restreintes. Le Droit Canonique, au contraire, fut prépondérant. (V. Bruns, p. 90-120). A partir du XIV° siècle, les jurisconsultes italiens admirent dans toute son extension la « juris possessio » des canonistes. Les glossateurs remirent en honneur les Interdits romains, selon les règles du Digeste et non du Bas-Empire. Mais le « remedium spolii » finit aussi par y triompher avec tous les caractères exorbitants que nous lui avons reconnus. — Les Actions Possessoires, puis le « remedium spolii », s'introduisirent aussi en Espagne. Mais ce dernier moyen y fut vivement attaqué dès le XVI° siècle. Sarmiento de Mendoza, en constatant l'existence des Interdits, des « condictiones ex possessione », du « summarissimum » et du « remedium spolii », les apprécie en ces termes : « Ce sont des actions inventées par nos docteurs, qui se sont appuyés sur une mauvaise interprétation des lois et des canons, actions qui suscitent des procès injustes et sans nombre, non sans grand dommage pour l'intérêt public ». Le « remedium spolii » persista néanmoins dans la pratique jusqu'à la fin du XVII° siècle, condamné cependant par la majorité des auteurs dans le cas où on prétendait l'employer contre un tiers-possesseur de bonne foi. (Bourcart, n° 76; Bruns, p. 348 et suiv.).

trale extraordinaire dans les cas qui requièrent une célérité particulière (Cpr. Bourcart, n° 65).

— C'est surtout dans le Droit Italien que le « summarissimum » se développa avec un caractère tout particulier. Le « summarissimum » ancien était, en Droit Canon, une instance définitive, si l'on accepte l'opinion de Bruns. Il donnait un résultat définitif sur la Possession, ce qui était peu conforme à l'équité, puisqu'il admettait une instruction incomplète. D'autre part, l'« ordinarium » tendait de plus en plus à avoir la durée des procès ordinaires. — La pratique italienne imagina donc, puisqu'on se contentait de semi-preuves seulement, de ne donner qu'un caractère provisoire à la sentence. Le « summarissimum » devint donc un préalable de l' « ordinarium » et même de l'ancienne procédure du « summarissimum ». Cette dernière, naturellement, tomba vite en désuétude, car elle ne répondait plus à aucune nécessité pratique.

Le nouveau « summarissimum » s'employait quand il y avait péril en la demeure ou crainte de violences armées. D'abord, les parties devaient s'y soumettre volontairement, bientôt il rentra dans l'office du juge (1). — Bruns, p. 267, nous donne uu passage de Paul de Castro qui indique, au XVI[e] siècle, la différence entre le « summarissimum » et l'« ordinarium ». — 1. La décision sur l' « ordinarium » est définitive; la décision sur le « summarissimum » est interlocutoire. — 2. L'une donne un préjugé qui dure jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la propriéte; l'autre n'a d'effet qu'autant que dure l'instance sur la Possession ou la propriété. — 3. La première est tranchée selon les règles du droit des actions et des Interdits; la seconde, selon les règles générales de l' « officium judicis ». — 4. Dans l' « ordinarium », il s'agit de la Possession et par suite, il est utile « *ne possessor turbetur* ». Dans le « summarissimum », au contraire, le point principal c'est « *ne qui*

(1) On s'appuya sur la L. 13, 3 « De Usufructu », 7, 1, qui pose ce principe que le Préteur ne doit pas laisser ceux-là en appeler aux armes et à la violence, dont il peut arranger le différend en vertu de sa « jurisdictio ».

turbetur »; vient ensuite la question de savoir si celui-là possède qui demande à ne pas être troublé. — 5. Dans l'une est requise une instruction complète de la cause ; dans l'autre, une instruction sommaire suffit, puisqu'elle ne constitue pas le même préjugé.

Le « summarissimum » était donc en quelque sorte un incident de l'instance possessoire ; bientôt il cessa d'être un « judicium separatum » pour constituer un « judicium accessorium ». Il put, de plus, être accordé au détenteur, puisqu'il était donné simplement en vertu de l' « officium judicis », ce qui comportait la plus grande liberté d'appréciation. — Il fut admis, non-seulement dans toutes les actions Possessoires, mais encore dans les pétitoires. Nous trouvons son analogue dans l'Ancien Droit coutumier français sous le nom de *Récréance*, et il a persisté en Espagne et en Allemagne jusqu'à nos jours, avec certaines modifications. (Bruns, p. 375, 397 et suiv., 438 ; Bourcart, n° 75).

Section II. — Droit Celtique, Droit Germanique et Franc

162. — C'est une question vivement controversée entre les érudits que l'origine des Institutions françaises. Quelques-uns, par un amour-propre national, dont Augustin Thierry s'est peut-être un peu trop durement moqué, prétendent tout faire remonter au temps de Vercingétorix et même au-delà. Mais on est bien obligé de reconnaître que le Droit Celte nous est à peu près complètement inconnu. Les seules traces qui en restent sont les lois d'Howel-le-Bon, rédigées au X^e^ siècle. Les derniers restes des Bretons, que tout le monde reconnait avoir appartenu à l'ancienne famille des Kymris, d'origine celtique, refoulés par les Saxons, les Danois et les Angles, passèrent en Armorique ; quelques bandes se cantonnèrent dans les montagnes de Galles et de Cornouailles et surent garder leur indépendance pendant plusieurs siècles. Il est sans doute téméraire d'affirmer que la collection d'Howel nous donne une image fidèle du Droit des anciens Gaulois ;

mais il est certain qu'elle ne s'est inspirée ni du Droit féodal, ni du Droit Romain. « Le Droit Cambrien (1), dit M. Ch. Giraud (Essai sur l'hist. du Droit Fr. au Moyen-Age, p. 73), est déposé dans les coutumes galloises rédigées sous le règne d'Houël-le-Bon, au X^e^ siècle ; ce n'est plus le Droit celtique de César ; mais les plus anciennes et les plus curieuses traditions y ont conservé leur autorité. Il y a même lieu de croire que plusieurs de ces coutumes ont été mises en pratique chez les anciens Belges de la Gaule, aïeux des Bretons d'outre-mer ». M. Laferrière (Histoire du Dr. Fr., 2^e^ édition, p. 123) s'est appuyé sur un des textes de cette collection pour prétendre que le droit de Possession était connu des Celtes : « Si quis alteri per annum et diem feudo suo uti frui permiserit sine turba et sine noxa et præsens fuerit, lex dicit illum usufructuarium de terra illa respondere, deinceps non teneri. Lis enim mortua est utpote intra annum et diem non contestata ». (Wotton, « Leges Wallicæ », t. 2, 17, 6). S'agit-il là d'une véritable Possession, comme le soutient Laferrière ; s'agit-il, au contraire, d'une véritable prescription, comme le prétend Alauzet (p. 31)? Le texte ne saurait trancher nettement la question. En tous cas, l'influence d'un peuple proscrit et isolé n'a pas été assez forte, évidemment, pour faire adopter, par les nations germaniques qui l'entouraient, un système Possessoire, qui était, comme nous le démontrerons, absolument contraire à leurs idées juridiques (2).

163. — Quant à la Gaule, soumise par les armes romaines, si de nombreux textes des auteurs latins attestent la persistance d'un esprit en quelque sorte particulariste et séparatiste (comme on dirait à notre époque (3), il est certain qu'elle se romanisa complète-

(1) Les Romains appelaient le pays de Galles Cambria.

(2) Quant à l'existence de la saisine annale dans la très ancienne coutume de Bretagne, *rédigée vers 1330*, elle s'explique plus rationnellement par l'influence des rapports de la Bretagne avec les autres provinces, que par la persistance extraordinaire, pendant tant de siècles, d'un vieil usage celtique.

(3) Voir notamment Tacite, Hist. Livre IV, Eutrope IX. Lampride, « In Alex. Sever ».

ment dans ses mœurs et qu'elle ne conserva pas d'autre droit que le droit des vainqueurs. « Toutes les sources du Droit ancien étaient changées (dit Giraud, « oper. cit. » I, 56) : les relations des personnes, l'ordre des juridictions, les principes du droit positif, l'organisation de la propriété, les ressources de l'industrie. *Il ne restait pas plus de place pour le Droit Gaulois dans les provinces romaines qu'il n'y en aurait aujourd'hui parmi nous pour le Droit Féodal du XIII^e^ siècle* ».

Ce qui triomphait avec les vainqueurs de la Gaule romaine, c'était le Droit Germanique que suivaient incontestablement les peuplades franques.

164. — La « Gewere ». — S'il faut en croire César et Tacite, les terres en Germanie, lorsque la possession n'en restait pas commune, étaient soumises à des partages annuels : « Agri pro numero cultorum ab universis per vices occupantur, quos mox inter se dignationem partiuntur : facilitatem partiendi, temporum spatia præstant. Arva per annos mutant et superest ager, nec enim cum ubertate et amplitudine soli labore contendunt ut pomaria conserant et prata separent et hortos rigent ». (Tacite « Germania », ch. 26).

Chez les Germains et notamment chez les Francs, on trouve une institution qui n'a rien de romain, — la « Gewere ».

Avant d'indiquer brièvement les conditions et le caractère de cette « Gewere », il importe de faire deux remarques importantes : 1° La grande majorité des auteurs s'accorde à reconnaître que le vieux Droit Germanique n'a pas connu réellement d'action Possessoire. La Possession n'était pas protégée en considération d'elle-même, ni séparément de la propriété. On peut même dire que la Possession était inconnue. Comme la plupart des peuples primitifs, les Germains n'avaient pas nettement distingué ces deux Droits ; 2° D'autre part, la « Gewere » est encore très mal connue dans tous ses détails par les jurisconsultes allemands eux-mêmes. C'est une institution assez obscure, dont l'influence, d'ailleurs, sur le Droit moderne, a été des plus restreintes.

D'après le Miroir de Saxe, la « Gewere », c'est la situation juridique de celui *qui peut jouir d'un bien à son gré*. Elle comprend deux degrés distincts : la « Gewere » simple, détention des meubles et pour les immeubles, la « Gewere », *appuyée d'un juste titre*. L'action qui en résultait était fondée, non sur la Possession simple, mais sur la « *Possessio justa* », ce qui en faisait une action pétitoire. (Bourcart, d'après Bruns, p. 157 ; Bruns, p. 285 (1).

Peut-être cette distinction entre les deux « Gewere » n'existait-elle pas dans la législation primitive et n'est-on arrivé à se montrer moins exigeant pour les meubles qu'en raison des nécessités pratiques reconnues. Quoi qu'il en soit, le Droit Germanique, à l'époque où les sources en ont, pour la première fois, fixé les règles, présente deux actions qui n'ont rien de Possessoire : une *action détentoire* (selon l'expression de Bourcart) pour les meubles ; une *action fondée sur la Possession légitime* pour les immeubles (2).

Le Droit Canon profita de cette « Gewere », ou plutôt les deux législations se pénétrèrent, et chaque institution s'enrichit des extensions que l'autre comportait. Le Droit Germanique ne connaissait jusque-là qu'une « Gewere » matérielle ; il étendit son domaine sur les droits; il y eut une « Gewere am Rechte ». L'ancienne « Gewere », d'ailleurs, comportait « in globo » tous les droits accessoires attachés à la chose ; par exemple, le droit du seigneur sur un village était compris dans la « Gewere » territoriale du seigneur. Le Droit Canonique intervenant sépara le droit de la chose, reconnut une « Gewere am Rechte » indépendante et l'assimila à sa « possessio juris ». D'autre part, comme la « Gewere » avait un domaine extrêmement vaste, il décida que tout ce qui était susceptible de « Gewere » serait susceptible de Possession. Nous avons vu même qu'il alla au-delà.

(1) C'est là quelque chose d'analogue à la publicienne.

(2) Les deux actions admettent l'exception pétitoire, « exceptio justi dominii ».

Que l'action en résultance de la Gewerre ainsi étendue ne soit pas une action Possessoire mais bien une action petitoire c'est ce que Bruns (Cpr. Boucart, p. 162-163), a démontré péremptoirement (p. 280 et suiv.). Il remarque d'abord judicieusement que la double caractéristique de l'action Possessoire c'est 1° que le demandeur invoque simplement sa Possession sans aucun mélange de droit du fond ; 2° que le défendeur n'ait pas les exceptions pétitoires » ; nous dirons plus exactement l'exception de propriété, car nous avons montré qu'en droit Romain on pouvait opposer l'« exceptio locationis » l' « exceptio pacti conventi » l' « exceptio rei venditæ, non traditæ. Et il cite diverses dispositions qui montrent que le demandeur et le défendeur *revendiquent* tous les deux.

— Loi salique 3e texte Ch. 37 ; 1-3. Pardessus 93. — « Si quis bovem aut caballum per furtum perdiderit, et eum consecutus fuerit in tres noctes, debet *achramire* (revendiquer) si vero jam tribus noctibus exactis invenerit, ille apud quem inveniuntur, ipse licеat achramire. » Dans une loi de Canut d'autre part on voit : Le défendeur qui a des preuves, doit revendiquer, sinon rendre la chose à celui qui la revendique (Trad. de Bourcart sur la version allemande (voir d'autres lois Bourcart, p. 163-164).

Le droit qu'on invoque *c'est l'occupation, le droit de la guerre. le droit au butin, la fabrication pour les armes* et *les habits, ou bien la transmission, la cession par un tiers.* Dans ce dernier cas il faut pour ainsi dire mettre en cause son auteur si on n'a pas un droit propre à la revendication. Et pour éviter les recherches et les mises en cause indéfinies le droit scandinave avait admis une prescription de trois ans (1).

Cette théorie de Bruns est encore fortifiée par des considérations tirées de la manière dont on réprimait les violences en droit germanique. Quand la Possession est admise par une législation, on ne doit pas se borner

(1) D'après Renaud et Albrechts la Gewere est tres différente ; C'est tout simplement la saisine du Droit féodal (V. Alauzet, p. 83.)

à réprimer la violence au moyen de l'action Possessoire. Cette action a aussi pour effet de faire rendre la chose et la Possession contraire est vicieuse et doit être anéantie. Dans l'ancien Droit germanique rien de pareil. La violence est punie d'une amende, mais n'entraîne pas nécessairement restitution. La preuve de la propriété doit être fournie quand même et si l'auteur de la violence prouve son bon droit, il n'est pas même frappé pécuniairement. — C'est ce qui résulte de la loi salique : « Si quis animal suum perdiderit, debet achramire. Si noluerit, et violenter, quod se agnoscere dicit, tulisse convincitur, 1200 D. culpabilis judicetur. » (3e Texte. 37, 1-3. Pardessus, 93) ; de la loi des Burgondes 19, 2. « Quicumque caballum quasi agnitum pro suo tulerit, et suum esse non potuerit probare, caballi alterius amissione damnetur » ; enfin, de la loi lombarde de Luitprand, l. 6, ch. XCV. « Si quis sua auctoritate terram alienam sine publico jussu, guiffaverit, dicendo quod sua debeat esse, et postea non potuerit probare quod sua sit, componat cum sex solidis ». Il suit de là que l'ancien Droit germanique a vu sans défaveur qu'on se fît justice à soi-même, qu'il n'a protégé la Possession même au cas de violences que si elle était confirmée par un droit, qu'il n'a pas réellement connu d'Action Possessoire (1).

165. — Toutes les nations barbares qui vinrent successivement se fondre dans l'empire des Francs, les Burgondes, les Wisigoths, les Alemans, connaissaient cette législation de la « gewere ». Mais d'ailleurs, cha-

(1) La première rénovation du Droit romain au XIIe siècle par les Glossateurs, venant joindre son influence à celle de la pratique Canonique eut naturellement pour effet de modifier l'ancienne conception de la « gewere ». Le Droit germanique s'enrichit même si fort d'éléments parasites et contradictoires, il admit si complétement pêle-mêle : l'Action pour « gewere » devenue une sorte de « remedium spolii » spécial, les Interdits, le « Summarissimum » qu'au siècle dernier c'était un véritable chaos. La présomption de spoliation du « remedium spolii » ne disparut qu'au XVIIIe siècle. L'Action resta octroyée au détenteur : « Inhaber ». Une ordonnance de Frédéric II (1781), lui reconnaît à la fois le « remedium spolii » et le « summarissimum. » Le Droit moderne allemand doit beaucoup à Savigny pour avoir débrouillé l'écheveau, restitué les vrais principes de la Possession et posé nettement les règles sur lesquelles devait s'appuyer l'œuvre législative du XIXe siècle.

que nation, chaque tribu même d'une même nation, conservait sa loi particulière en vertu du principe de la personnalité du Droit introduit par les barbares.

Spécialement la tribu des Francs Saliens suivait des coutumes qui ont été réunies sous le titre de Loi Salique. Nous avons eu occasion d'en citer certains passages à propos de la « gewere ». C'est dans le titre XLVIII « de Migrantibus » que Pithou et après lui Herrion de Pansey (Compet. Jug. Paix, ch. 33) sont allés chercher l'origine des Actions Possessoires.

On trouve réglementée dans ce texte la propriété indivise des « villæ (1) » Un intrus ne saurait être admis dans la « villa » contre l'opposition d'un seul des anciens propriétaires. S'il s'est installé malgré cette opposition il est sommé trois fois à dix jours d'intervalle, puis cité au « mallum » et expulsé après l'audition des témoins par le « grafio » ou comte, perd les travaux qu'il a faits et est frappé d'une amende de 1200 deniers. Le texte ajoute, n° 4 : Si quelqu'un est venu s'installer dans la villa d'autrui et qu'aucune contestation n'ait été élevée dans le délai de douze mois, selon la loi, il peut y rester en toute sécurité, au même titre que tous autres habitants.

Tout le monde s'accorde aujourd'hui à repousser la théorie de Pithou et d'Henrion de Pansey (Pardessus, loi Salique, n^os^ 529, 530, Troplong, n° 291, Bélime, n° 298, Alauzet, p. 6 et suiv.) et à voir là un cas de prescription de la propriété, non une hypothèse de Possession. Et selon la remarque d'Alauzet (p. 10), on peut rattacher à notre loi Salique, la disposition de la coutume de Lorris, réputée la plus ancienne du royaume, en vertu de laquelle le séjour d'un an sans contradiction faisait acquérir le droit de bourgeoisie, (Art. 4.) « Et quicumque in parrochia Loriaci anno et die manserit, nullo clamore eum sequente, neque per nos, sive per præpositum rectitudinem prohibuerit ;

(1) Villa : ce mot désigne la propriété commune et indivise d'une agglomération d'habitants, nous dirions aujourd'hui la propriété communale.

deinceps liber et quietus permaneat (Cpr. Coutume de Seans en Gatinais, de La Chapelle La Reine, de Sens. Ordonnances IX, p. 199, 239, 262).

166. — Nous retiendrons seulement du titre de « Migrantibus » la mention de l'annalité. Le Droit Barbare connaissait à peu près tous les contrats que nous connaissons nous-mêmes ; mais l'usage des actes était presque ignoré. On ne rédigeait d' « instrumentum » que tout à fait exceptionnellement. La preuve testimoniale était, par suite, admise sans aucune restriction. Cet état de choses entraînait nécessairement une très courte prescription. Notre texte est, d'ailleurs, le seul dans toute la loi salique qui parle de prescription annale. D'autres monuments du Droit Mérovingien contiennent des dispositions contradictoires. « Clotaire, dit Alauzet, p. 17, exige la Possession de trente ans, « intercedente justo possessionis initio » ; le « Decretum » de Childebert, celle de dix ans entre personnes habitant la même circonscription judiciaire ; il prolonge le délai jusqu'à vingt ans pour les orphelins, tout en mentionnant, en outre, la prescription trentenaire. Un diplôme de 680 et les formules de Marculfe parlent de trente-un ans ; les formules de Sirmond, de trente ans seulement sans condition ».

167. — La période qui s'étend depuis la conquête franque jusqu'à l'établissement du régime féodal est marquée par l'extension de la propriété particulière et l'apparition et la constitution des Alleus. De système Possessoire, il n'en paraît pas encore ; mais la loi salique est révisée, et dans la « lex emendata » (798) le titre prend une rubrique nouvelle qui paraît en modifier la portée : « De eo qui villam alterius occupaverit, vel si duodecim mensibus eam tenuerit ». Les violences sont réprimées par le Capitulaire 161, livre VI : « Si Possessor per violentiam expellatur », qui réédite en partie les dispositions de l' « Unde Vi » de Justinien : « Quicumque violenter expulerit possidentem, priusquam pro ipso judicis sententia præcedat, si causam meliorem habuerit, ipsam causam de qua agitur perdat ; ille vero qui violentiam perfulit, universa in statu

quo fuerant recipiat et quæ possedit securus teneat. Si vero illud invadit quod per judicium obtinere potuit et causam amittat et aliud tantum quantum invadit, reddat expulso ».

La prescription par l'an et jour semble aussi gagner du terrain ; un capitulaire de Charlemagne l'applique au contumax dont les biens, mis sous le sequestre, sont, après un an, acquis définitivement au fisc. La même décision est édictée par Pépin, roi d'Italie : « De rebus forfactis quæ per diversos comitatus sunt, volumus ut ad palatium pertineant *transacto anno et die* ». Lothaire applique le même délai entre présents au profit de l'acheteur de bonne foi contre celui qui aurait antérieurement acquis la même chose et l'aurait laissée, pendant un an, sans protestation, aux mains de l'acheteur (Alauzet, 27). Bientôt, au Moyen-Age, la Possession annale aura un domaine universel.

On peut conclure des considérations qui précèdent que le Droit Germanique n'a pu rien donner à notre système Possessoire, puisqu'il n'a même pas connu la Possession. Il est utile, toutefois, selon la remarque de Ch. Giraud, de mettre en lumière cette prescription d'où devait sortir la saisine et notre Possession annale. « Lorsque, plus tard, dit cet auteur (cité par Alauzet, p. 32), on apprit à distinguer la propriété de la Possession, on changea seulement en prescription provisoire ce qui, dans l'origine, était une prescription définitive ».

Section III. — Droit Féodal

168. — L'Historique de l'Etablissement du Régime Féodal sortirait absolument des bornes de cette étude. Nous nous contenterons d'indiquer les notions essentielles pour bien comprendre la naissance de la Saisine et son application au système possessoire.

C'est aux législations barbares, remarque Alauzet, p. 34, que nous sommes redevables de la distinction introduite dans le Droit entre les propres et les acquets : le mot « allod, allodis, allodium, *alleu* » dé-

signa d'abord sans doute les propres ; plus tard, la signification de ce mot s'étendit. Après la conquête de vastes terres avaient été partagées entre les guerriers germains et leur *avaient eté atiribuées en toute propriété*, ils en avaient le domaine complet, et ces terres furent appelées allodiales par opposition aux *bénéfices*.

Les bénéfices au contraire étaient *des concessions viagères* faites aux antrustions ou leudes (que les textes appellent quelquefois *vassi*). Ces concessions constituaient une sorte de lien de clientèle ou de vassalité. Elles étaient sans aucun doute révocables à l'origine « ad nutum », plus tard sous certaines conditions, parjure ou trahison ; d'ailleurs les devoirs des bénéficiaires nous sont connus d'une façon très incomplète.

On s'accorde à reconnaître que le régime féodal puise son origine dans les bénéfices. Les bénéficiaires durent naturellement faire tous leurs efforts pour convertir en droit irrévocable et héréditaire cette espèce d'usufruit qui leur était accordé. D'autre part l'effroyable anarchie de cette époque rendait précaire la situation de ceux qui n'avaient que des biens médiocres, mais qu'ils tenaient en toute propriété. L' « alleu » tendit donc à disparaître ; il devint fief comme le bénéfice. Les bénéficiaires gagnèrent à la modification de leur droit, les propriétaires de francs-alleus y perdirent, où plutôt ils abandonnèrent une partie de leur « dominium » pour obtenir en échange la protection de suzerains plus puissants qu'eux. Le lien de vassalité était en effet un remède énergique à l'incertitude causée par le bouleversement général. Il y avait entre le suzerain et le vassal une sorte d'association offensive et défensive et ce que le vassal perdait en indépendance, il le retrouvait en sécurité. C'est ainsi que s'établit la hiérarchie féodale. De plus quand triompha la fiction qui transportait en quelque sorte à la terre même le privilège de suzeraineté, quand les terres furent vassales les unes des autres, on peut dire qu'il n'y eut rien qui répondit à notre conception du droit de propriété. Le premier suzerain pouvait sans doute à la rigueur être considéré comme pro-

priétaire, mais toute la chaine descendante des vassaux grands et petits n'avait qu'une sorte de possession juridique d'une nature toute particulière.

169. — On conçoit qu'avec un pareil système il n'est pas question de prescription. A la mort du feudataire, à chaque aliénation, le fief revient fictivement au seigneur qui est censé en investir l'acquéreur ou l'héritier (v. Merlin, V° Prescription, Sect. 3, § 1). Bien plus dans les Assises de Jérusalem, ce précieux commentaire du Droit Féodal ancien, on voit que l'aliénation sans la permission du seigneur entraine l'annulation de la concession de fief. « Qui aliene tot son fié sans l'otrei dou seignor, ou autrement que par l'assise (1) ou l'usage dou dit reiaume et le met en main de yglise ou de religion, ou de comune ou d'autre, le seignor de qui il tient cel fié peut prendre ce qu'il a aliéné et tenir et user comme la soe chose. » (Edit Beugnot, ch. 143, t. 1, p. 217).

Dans ces conditions, on peut dire qu'il y a un contrat persistant, qui s'oppose à toute idée de Possession contraire et de prescription. D'autre part, comment concevoir une propriété « in incerto » sous un régime qui fait des justiciables les simples tenanciers de leur juge, ne pouvant avoir de droits que ceux qu'il leur a concédés. Le droit éminent du seigneur doit donc toujours se retrouver en dernière analyse, de quelques concessions qu'il ait pu être grevé, d'où la maxime : « Nulle terre sans seigneur ». Ces règles, quoique vivement controversées, ont en partie persisté, au moins pour les pays coutumiers, jusqu'à la fin de la féodalité : « Moribus nostris pro vassalo vel domino nulla prescriptio locum habet (Duaren) ». Aujourd'hui (dit aussi Argou, Inst. du Dr. Fr., livre 2, ch. 3), on tient pour maxime, dans tous les pays coutumiers, qu'il n'y a point de terre sans seigneur et que ceux qui

(1) « Assisa est nomen equivocum ; varias enim et diversas significationes apud leguleios nuperos habet (Du Cange) ». Ici il veut dire coutume, loi traditionnelle. « Assise est que toutes les choses que l'on a veu user et acoustumer et delivrer en la court dou reiaume de Hierusalem ou de Chipre... »

prétendent que leurs terres sont libres le doivent prouver, à moins que la coutume n'en dispose, au contraire.» Et ailleurs : « Il y a des coutumes ou le franc alleu n'est point reçu sans titre particulier. Dans ces coutumes, le seigneur d'un territoire est bien fondé à prétendre que tous les héritages qui y sont enclavés sont mouvants de son fief, en fief ou en censive ; et ceux qui prétendent que leurs héritages sont libres en doivent produire les titres. De plus, les héritages qui ne sont enclavés dans aucun territoire, ne sont pas présumés libres et la mouvance est censée appartenir au roi, comme au seigneur universel de tout le royaume. » Du temps même de Pothier, la propriété éminente du fief sert encore de garantie aux droits purement honorifiques du seigneur ; c'est la conséquence du droit de commise exercé au cas de désaveu ou de félonie (Traité des Fiefs, 1re partie, ch. 3).

Le système féodal, s'il n'admettait pas la prescription, répugnait à plus forte raison au système possessoire. Il y avait, dans ce mode de jouissance du territoire, toute une série de liens contractuels qui rendaient impossible la Possession comme nous la concevons, comme la comprenaient les Romains. Le droit du vassal se rapprochait bien plus de la « Gewere » germanique dont nous avons parlé. Il a fini par devenir la propriété moderne, car il comportait l'essentiel de la propriété, le domaine utile. Le droit du vassal s'appela *vest, vesture, vestitura* : « Vestitura hoc ipsum est quod investitura ; hoc est in possessionem missio ; vestire, possessionem conferre rei alicujus ; vestitus qui de re aliqua investitus est ». Le mot de *vestitura*, souvent confondu avec le mot *saisina* (1), s'en distingue cependant ; la « vestitura », dans son sens usuel et juridique, c'est l'envoi en Possession féodale ; la « saisina », c'est cette Possession féodale même.

(1) Sens et origine incertains. Il vient de *sacire*, disent quelques-uns. Mais d'où vient « sacire » lui-même ? « Videant eruditi, an sacire positum fuerit pro *sociare*, an vero a saccire deducatur ; denique an inde vox saisire ortum ducat » (D. Bouquet). Autre étymologie : « sacire » : de « saccare, in saccum mittere ».

Mais dans la pratique les deux mots sont employés comme synonymes et l'action qui protège le droit du vassal spolié s'appelle action de nouvelle dessaisine. Cette action est décrite dans les Assises de Jérusalem (tom. 1, p. 103).

Dans ce cas le dessaisi s'adresse par requête au seigneur qui a reçu son hommage « Sire, tel m'a de de noüviau dessaisi de tel coze. Si voz pri et requier que voz me faites remetre en ma saisine de ce de quoi il m'a dessaisi. Et quand je serai en ma saisine, je li fournirai dreit par vostre court se il me set riens que demander. » Si la plainte est faite dans les quarante jours de la dessaisine, le seigneur, sans plus ample informé, ordonne restitution et toute nouvelle entreprise est interdite à l'adversaire « sous peine d'être ataint et prové de force et encheu en la merci dou seignor comme ataint de force. »

Après quarante jours on ne peut obtenir restitution qu'après débat contradictoire entraînant duel judiciaire, à moins qu'il ne s'agisse d'un objet valant moins d'un marc d'argent et que la violence ne soit constatée. — Il ne s'agit pas encore d'une vraie Possession.

170. — Il semble, d'ailleurs, que le Droit Féodal, dans toute sa rigueur, n'ait pas subsisté très longtemps. L'influence du Droit Romain dont l'esprit vivait dans le Droit Canonique, l'influence traditionnelle des anciennes coutumes dont le souvenir ne pouvait être entièrement aboli, l'émancipation des communes (1) qui, dès le XI[e] siècle, essayèrent de se faire accorder la faculté d'acquérir, en pleine indépendance et sécurité, toutes ces causes réunies firent échec au Droit Féodal.

Il est, sans doute, possible aussi que, de tous temps, certains biens aient échappé au régime féodal et que la prescription se soit conservée pour eux. Les Assises

(1) On s'accorde, aujourd'hui, à reconnaître que les efforts des communes tendaient bien moins à obtenir la liberté politique, que l'indépendance et la liberté civile, le droit d'aller et venir librement, de vendre et d'acheter, de laisser son héritage à ses enfants (V. Aug. Thierry, Lettre 14. Lettres sur l'Histoire de France).

(qui sont du XIII[e] siècle, il est vrai) reconnaissent une prescription pour les propriétés urbaines, pour les biens qui ne constituent pas des fiefs. En tous cas, la presque totalité des chartes proclame la prescription, ce corollaire de la libre propriété et presque toujours la prescription d'an et jour.

On peut citer en ce sens la Charte de Noyon (1181). Si quis terram vel domum, vel quamlibet tenuituram præsente adversario non contradicente, *per annum et diem tenuerit*, postea sine contradictione possidebit (ordonn. XI, p. 224). Dans le même sens, la charte de Chaumont-en-Vexin (1182), celles de Roye (1188), Saint-Quentin (1195), et la très ancienne coutume de Bretagne : titre des appropriances, art. 267, 269, et les statuts de Soest, la plus ancienne coutume d'Allemagne (1110).

Le Droit de bourgeoisie se prescrivait aussi dans certaines coutumes par l'an et jour (voir la coutume de Lorris, citée plus haut).

171. — Le regime féodal lui-même, tendait de plus en plus à fortifier la propriété subalterne du vassal. La saisine en vint à n'être plus qu'une vaine formalité. C'était simplement l'occasion pour le seigneur de percevoir des Droits fiscaux importants. La saisine n'est même plus garantie par le seigneur : Le fief est réellement devenu un bien à part susceptible de propriété privée, car l'ensaisinement consommé n'empêche pas les ayants Droit de revendiquer avec avantage. Aussi les anciennes coutumes donnent la formule: « Je vous saisis sauf tous Droits (ancienne coutume d'Artois, ch. 24, § 9) ». La saisine selon la remarque d'Alauzet, p. 90, n'est donc plus que la reconnaissance d'une propriété présumée, mais qui doit céder à toute preuve contraire. — Réduite ainsi à une simple institution fiscale, n'accordant plus aucun avantage spécial, aucune protection particulière, l'ensaisinement fut vivement attaqué par les légistes. Ils inventèrent la fameuse règle : « Le mort saisit le vif, son hoir le plus proche et habile à lui succéder. » Et déjà depuis longtemps, pour la ligne directe, l'investiture n'était plus exigée (Assises de

Jérusalem, I, p. 227) quand les établissements de Saint-Louis proclamèrent que le mort saisit le vif. De plus, les juges royaux s'attribuèrent le droit d'accorder la saisine contre tout adversaire ayant fait deux fois défaut, sans tenir compte des degrés de parenté ; c'est ce qu'on a appelé la saisine conférée par Justice, par opposition à la saisine de Droit qui est la saisine par héritage.

Enfin il vint un moment ou la saisine s'acquit par le simple laps de temps, c'est la saisine de fait. Or en vertu des principes posés plus haut, l'ensaisinement du seigneur contre le paiement des Droits fiscaux ne donnait qu'une saisine de fait, s'il n'y avait pas un Droit héréditaire en la personne du vassal. « La saisine n'a jamais été ni la propriété ni la prescription qui l'aurait donnée, ce n'est ni un titre pour réclamer le domaine ni un droit pour s'y maintenir. La saisine conférée par le seigneur peut être comparée à certains égards à l'envoi en Possession que le légataire universel demande dans l'hypothèse de l'art. 1008. »

Telles sont les indications sommaires que nous devions donner sur la saisine féodale (1); (sur laquelle d'ailleurs on est si loin d'être d'accord qu'on voit Alauzet et Klimrath en opposition à peu près sur tous les points). D'après nous, la saisine n'est pas la Possession « ad Interdicta », c'est une Possession juridique spéciale ; pour les feudistes c'était l'envoi en Possession féodal. L'action qui protége la saisine n'a donc jamais une Action Possessoire proprement dite, mais une Action « sui generis ».

172. — Nous avons vu plus haut, d'après les Assises, l'ancienne procédure de nouvelle dessaisine ; nous ne reviendrons pas sur ce point. Mais la prescription une fois rétablie, si tant est qu'elle eût jamais disparu, la saisine de fait admise, ces deux institutions devaient réagir l'une sur l'autre. On appliqua la prescription à l'acquisition de la saisine. La durée de cette prescrip-

(1) Il faut bien se garder de la confondre avec *la simple saisine* qui n'apparaît enfin que sous le Droit coutumier complètement constitué.

tion fut d'abord assez incertaine. Le recueil des anciens arrêts du Parlement (Olim, fin du XIII[e] et commencement du XIV[e]) montrent que pour prouver la saisine, on cherche à prouver une Possession aussi longue que possible. C'est ainsi que l'évêque de Paris (290), invoque la Possession « per longum tempus et per tantum temporis quod sufficit ad omnem saisinam ». En 1314, l'évêque de Bayeux, plaidant contre la Couronne, prétend « se esse et predecessores suos fuisse, a longo tempore, in bona saisina ». Le procureur de l'église de Sens invoque « saisinam longam et pacificam ab antiquissimis temporibus ». Le premier arrêt où l'on tienne compte de la saisine d'an et jour est de 1226 (Bertrand de Cigognes contre Almodie, dame d'Argences), et dans un arrêt de 1272, la dame de Rolleboise obtient d'être remise en saisine « quod primo intravit et habuit possessionem fere per annum ». L'influence des lois romaines se faisait sentir de plus en plus ; la saisine d'an et jour tendait à s'établir de plus en plus solidement dans la pratique judiciaire.

Par une marche inverse et nécessaire, la prescription de la propriété augmentait ses délais. L'ancien ténement d'un an, devient de trois, puis de cinq ans, dans les coutumes du Maine, de l'Anjou, du Poitou ; de Laurière, Dissertation sur le ténement de cinq ans, ch. 3). D'autres coutumes (Reims, Vermandois, Peronne, Sedan) admettent la prescription de dix ans; de même, l'ancienne coutume d'Artois. La coutume de Saint-Dizier exige une Possession de trente ans et trente jours.

Nous verrons, dans la période suivante, le Droit Romain revenir en honneur, grâce aux glossateurs ; il aura même une influence prépondérante. Non pas qu'il eût complètement disparu à aucune époque, il s'était maintenu surtout dans les pays du Midi, mais limité, pour ainsi dire, aux personnes et d'après des règles peu connues. (Savigny, Hist. du Dr. Romain I, 3). Au XII[e] et au XIII[e] siècle, au contraire, mieux compris et mieux connu, interprété par les légistes qui visaient au renversement de la féodalité, il modifia complète-

ment l'esprit de l'ancien Droit Français que nous venons d'exposer. Les vieux termes furent conservés, mais détournés de leur sens primitif; la saisine (1), notamment, tendit de plus en plus à devenir la Possession dans les termes du Droit Romain. Mais elle s'était enrichie d'un élément nouveau (2), l'annalité, qui devait constituer l'originalité principale du système Possessoire français.

Section IV. — Droit Normand : La Clameur de Haro

173. — Avant d'entrer dans l'examen du Droit coutumier, il nous reste à parler du système possessoire normand. Devenu maître d'une grande partie de l'ancienne Neustrie par le traité de Saint-Clair sur Epte (911), Rollon sut organiser sa conquête ; il rétablit notamment les anciennes *centaines* franques et la responsabilité mutuelle des membres qui les composaient ; le souvenir en était resté très vivace, et il semble d'ailleurs que des institutions analogues aient existé chez tous les peuples d'origine germanique (3).

Il constitua d'autre part sur des bases fermes et régulières le système féodal et en adopta complètement les principes (Houard, Traité sur les coutumes anglo-normandes, IV, p. 677). Le Droit féodal eut en Normandie une évolution semblable à celle que nous avons constatée. Les actions en dessaisine furent usitées très anciennement (Grand Coustumier de Normandie (ch. De Force), probablement avant que le Haro ne fût appliqué aux matières civiles; on trouve aussi dans le Grand Coustumier (ch. De Dessesine) la procédure

(1) En matière de succession, elle conserva toujours un sens particulier. C'était toujours la saisine de droit s'opposant à la saisine de fait. C'est dans la terminologie moderne le seul sens qui ait subsisté (724 Civ.)

(2) Elle conserva aussi un caractère de réalité que le Droit Romain n'avait pas connu. Nous verrons plus loin que la Possession du Droit Français n'est pas exactement la Possession du Droit Romain, même en faisant abstraction de l'élément nouveau d'annalité.

(3) Avec la conquête normande, les centaines parurent en Angleterre; elles y durèrent plus longtemps que partout ailleurs et il n'est aucune partie du gouvernement anglo-saxon qui ait plus vivement attiré les recherches des erudits modernes.

par assises telle qu'elle fut introduite en Angleterre par Glanville sous le règne de Henri II. — Il est constant que dans ces anciennes procédures la décision à intervenir n'était pas définitive. On pouvait revenir par plet ou par bataille (Alauzet, p. 64).

C'est cette action par assises, dont Glanville ne changea pas le fond mais perfectionna la procédure, qui est restée dans le droit anglais pendant des siècles. Blakstone constate qu'elle n'est pas abrogée, mais tombée en désuétude, qu'il est sans exemple depuis plus d'un siècle qu'on ait suivi une action par writ d'entrée ou d'assise. L'action de trespass ou d'éjection l'a remplacée (Blakstone, Livre 3, ch. 10). Du reste il ne s'agit pas là d'action réellement possessoire comme nous l'avons remarqué au chapitre précédent.

174. — Du Haro. — Ce qui constitue la forte originalité du Droit Normand en notre matière, c'est la procédure par clameur de Haro. — Si nous prenons la Coutume de Normandie dans son dernier état, nous voyons que le Haro est devenu la procédure usuelle des Actions Possessoires (art. 54 et suiv.) C'est une des institutions dont les Normands sont le plus fiers. « Ce pourvoy de Haro est inconnu aux autres provinces, voire trouvé rigoureux et estrange. Néantmoins l'obéissance au magistrat ayant toujours eu le pouvoir en cette province d'accommoder la règle à la pierre et la pierre à la règle, a elle-mesme comme nourry et continué ce même droit, et forme d'agir entre nous, que la proclamation vers la sévérité de la justice de notre prince Raoul nous a acquis et introduit en ce pays. C'est un souverain remède pour les faibles contre les puissants, un préservatif pour la révérence deuë à la justice, la terreur des violateurs des droits et libertez publiques, l'assurance de l'intérest, réparation et depens des parties au moyen de la caution qui est baillée de part et d'autre. » (Bérault).

Aussi fait-on grand usage de cette panacée universelle. « Il y a, dit Roupnel, des cantons dans la Normandie où vous ne feriez pas un pas sans entendre le cri de Haro. »

Qu'est-ce donc que le Haro (1)? D'après le Très Ancien Coustumier de Normandie et le Grand Coustumier, c'est une manière d'introduire une action criminelle au cas de flagrant délit. Au cri de Haro, tout le monde doit accourir, se saisir du coupable et le conduire devant le magistrat. (Voir, pour plus de détails, Glasson, Etude historique sur la Clameur de Haro, Paris, Larose-Forcel, 1882; Guillouard, Origine de la Clameur de Haro, Caen, Le Blanc-Hardel, 1872; Tiphaigne, Etude sur la Clameur de Haro, Caen, Valin, 1880).

Le Haro criminel ou, selon les termes du Grand Coustumier, le Haro de Playe et de Sang, est de la compétence exclusive du Duc, plus tard des Rois de France et des hauts Justiciers.

— Celui qui a crié à tort encourt une amende, mais il ne doit pas être mis en prison s'il fournit de bons gages ou cautions (plèges) de l'amende.

(1) Outre le sens technique qui ressort des explications fournies au texte, le mot Haro a encore un sens vulgaire et métaphorique.

A ces mots, on cria Haro sur le baudet. (La Fontaine).

Saint-Evremond (un Normand) lui donne un sens analogue :

Quant Alcippe se présente,
Pourquoi tant crier haro ?
Dans le nombre de quarante
Ne faut-il pas un zéro ?

Le député, envoyé par la ville de Rouen assiégée par Henri V d'Angleterre, vient « crier vers le Roi le grand Haro, lequel signifie l'oppression que les habitants endurent des Anglais ». — On est, d'ailleurs, bien loin d'être d'accord sur l'étymologie du mot. (V. Glasson, op. cit. p. 50 et suiv.). L'opinion traditionnelle de Terrien, Godefroy, Basnage et des autres commentateurs anciens, d'après laquelle Rollon aurait introduit le Haro en Normandie et y aurait attaché son nom (Ha Rollo), est généralement abandonnée. Certains ont fait venir Haro du danois *aa rau* (aide-moi) ou *hær op* (à moi l'armée), d'autres de *herr*, vieux mot allemand qui signifie armée, de *herad*, centaine, du haut allemand *hera* ou *hara*, du vieux saxon *herod*, qui veulent dire tous les deux *ici* (Diez, Littré, Brunner). M. Glasson le fait venir de « harahus, harahum », qu'il considère comme synonyme de « mallus, placitum » et qu'il traduit par suite « lieu où se rend la justice ». Haro, abréviation de haraho, serait alors une invocation directe à la justice. — Mêmes divergences sur l'origine de la Clameur de Haro. Les uns la croient exclusivement normande. Terrien, Godefroy, Roupnel (Cpr. Tiphaigne, op. cit., p 30); Basnage remonte à la plus haute antiquité pour y chercher et y trouver des analogies. Daviel lui donne une origine danoise ; Houard, suivi par M. Guillouard, la fait remonter aux capitulaires des rois Francs, M. Glasson aux lois barbares et germaniques. (Voir sur ce point Glasson, p. 31 et suiv.).

Le Haro est encore caractérisé par les règles spéciales suivantes : 1° il entraîne dérogation au privilège clérical. Il est permis de crier haro contre les gens d'église, ce qui les constitue « prisonniers du Roi ». Cette circonstance ne contribua pas peu à rendre le Haro populaire; 2° il investit celui qui clame du caractère public d'officier de justice, en même temps qu'il constitue celui contre qui il est clamé prisonnier du Duc. Parvint-il à s'échapper, s'il est saisi après *chaude chasse*, il doit être ramené aux prisons du lieu où le Haro a été crié (Terrien).

La création des sergents chargés de la police, la sécurité croissante, rendirent le Haro criminel de plus en plus rare, sans qu'on puisse dire qu'il ait disparu complètement.

Mais l'habileté proverbiale des Juristes normands l'avait étendu aux matières civiles. Il est difficile de savoir exactement à quelle époque remonte cette innovation. Le Style de Procéder explique comment la pratique y a été amenée. — « Combien que par le texte du Coustumier, haro ne soit pas permis à fin heredital possessoire, mais seulement pour mal-façons : toutefois il en est ainsi usé et pratiqué : pour ce qu'aucunes fois un homme soudainement veut dessaisir et déposséder un autre : et ne peut pas celui qu'on dépossède, à l'heure recouvrer le juge qui est capable de cognoistre de la cause, pour avoir la provision, ne mesmes le sergent : pourquoi il appelle l'aide du Prince et crie : Haro. Lequel Haro ainsi crié, la partie doit cesser de son entreprise. Et s'aucune chose il fait après, c'est par attentat : et doist être reparé tout ce qui depuis la clameur a été fait, par le bénéfice du Procureur du Roy, quand il y a sur ce information suffisante; et la partie qui attente estre de l'attentat condamne en amende ».

La force particulière du Haro, c'est d'obliger le défendeur éventuel, par le seul fait du cri, de s'arrêter sur-le-champ, sinon il commet un délit, alors même qu'il prouverait plus tard n'avoir agi que dans les limites de son droit. Et outre la peine encourue, il de-

vrait rétablir les lieux en l'état où ils se trouvaient à l'instant de la clameur interjetée avant toute instruction sur le fond.

La procédure doit être menée rapidement, et sans délai les parties se rendent devant le juge qui reçoit les cautions qui garantissent que le demandeur poursuivra son haro, et que le défendeur ne se dérobera pas, et met sous sequestre l'objet litigieux. — Quelle est d'ailleurs au juste la responsabilité des cautions? Il semble bien qu'elles répondent de tout, de l'amende, de la condamnation principale et des dommages-intérêts (voir Glasson, p. 16).

— Voyons maintenant contre qui la clameur de Haro peut être dirigée. Elle est admise non seulement contre un particulier, mais contre un sergent et un autre officier public pourvu qu'il y ait incompétence et abus de pouvoir. Sans doute le sergent n'était pas tenu de s'arrêter absolument sous peine d'encourir l'amende, de commettre un délit. — Il avait de plus qu'un simple particulier le droit de prouver qu'il n'avait agi que conformément à ses pouvoirs. Mais s'il les avait outrepassés, il était soumis aux règles exposées ci-dessus.

Remarquons pour terminer que le Haro ne garantissait pas contre la dépossession, mais simplement contre les troubles de fait. Au cas de dépossession, on avait le brief de nouvelle dessaisine tel que nous le trouverons dans Beaumanoir ; c'était là toutefois un point très discuté sous l'ancienne coutume et qui ne finit par s'établir que sous la nouvelle (Glasson, p. 15).

175. — Le domaine du Haro s'élargit d'ailleurs sous cette nouvelle coutume, sans que les avantages reconnus par l'ancienne disparûssent Le Haro civil donne toujours à celui qui le clame la qualité d'officier de justice (1) ; il entraîne défense immédiate de continuer et vaut assignation. Celui contre lequel il est clamé est mis sous main de justice, il est prisonnier du Roy, etc.,

(1) La partie toutefois se faisait d'ordinaire accompagner d'un sergent et c'est lui qui criait le Haro.

etc. De plus, le Haro peut être intenté (art. 54) non-seulement pour maléfice de corps ou pour chose où il y aurait éminent péril, *mais pour toute introduction de procès Possessoire, encore que ce soit en matière bénéficiale ou concernant le fait de l'Eglise* (1), et (art. 55), *tant pour meubles que pour héritage* (2).

L'extension du Haro à presque toutes les matières comportait selon la remarque de Glasson, p. 23, une restriction importante: « Le haro était rigoureusement défendu vis-à-vis des employés chargés de la perception des Droits du Roi. L'Ordonnance des Aides de 1680, avait prononcé cette interdiction et elle fut renouvelée par un arrêt du Conseil du 15 mai 1725. » Mais autrement il pouvait être interjeté même contre les fonctionnaires en cas d'excès de pouvoir comme nous l'avons remarqué, car selon la remarque de Bérault, si le haro ne peut être intenté contre le Roi et le Seigneur, ce ne peut être qu'autant qu'il s'agit de « dénégation du droit du Roy ou du Seigneur », non pas s'il s'agit du fait personnel d'un officier qui prétend exiger plus que ce droit ne comporte.

— Le Haro appartenait aussi, en quelque sorte, à toutes personnes qui se trouvaient sur le sol Normand, même aux étrangers, aux femmes, aux impubères, en général à tous les incapables; qui pouvaient le clamer sans assistance de tuteur ou de curateur (Flaust, titre XVI, ch. 1); c'était une conséquence de la magistrature provisoire que le Haro comportait (Glasson, p. 19).

— De l'Office du Juge. — Le vicomte pour les procès entre roturiers, le bailli pour les procès entre nobles (3) connaissaient de la Clameur de Haro. Si l'af-

(1) Il semble d'ailleurs, d'après Flaust, qu'on avait abusé du Haro: « On prenait la voie du Haro pour aller chercher et amener des débiteurs qui ne voulaient point payer, ou des dépositaires qu'on prétendait infidèles; de sorte que l'ordre était troublé ».

(2) Non pas qu'on n'admît point, comme dans le reste de la France, que la propriété des meubles ne pût se transmettre par la Possession. « L'art. 55, dit Le Royer de la Tournerie, doit s'entendre des choses provisoires et d'éminent péril, *car il ne conviendrait pas d'intenter haro pour un meuble qui serait aux mains d'un domicilié.* »

(3) Si les parties sont de qualité différente, c'est d'après celle du défendeur qu'on doit décider quel juge est compétent

faire ne pouvait être jugée de suite, le juge recevait les cautions. Art. 56. « Les parties sont tenues de bailler respectivement pleige et caution, l'une de poursuivre, l'autre de défendre le Haro. » La partie qui ne pouvait fournir caution était obligée de garder prison, ce qui devint, d'après Bérault et Flaust, l'occasion de grands abus. Certains sergents étaient allés jusqu'à emprisonner sans décret de juge et sur le simple Haro interjeté. D'après la nouvelle Coutume au contraire, la partie ne pouvait être emprisonnée que sur mandement de justice.

— Après la caution baillée, art. 57, la chose contentieuse était séquestrée par ordre du juge (1). Le séquestre d'ailleurs (v. Basnage), ne blesse point le droit du véritable possesseur et n'interrompt pas même la prescription. — Enfin, art. 59. Le juge ne peut vuider la clameur de Haro sans amende ; nous ajouterons que l'amende est arbitraire. « Cette peine, dit M. Glasson, p. 31, est d'ailleurs bien méritée. Est-elle encourue par celui qui a levé la clameur, il doit s'imputer une faute très lourde pour avoir usé à tort d'une voie de droit aussi énergique. S'il triomphe, son adversaire est coupable d'une entreprise injuste sur la personne ou sur les biens d'autrui ; il est tout naturel qu'il paye une amende. »

176. — Le Haro civil, cette institution si curieuse, si originale n'a jamais été connue en France. On peut dire pourtant qu'elle offrait sur la complainte de grands avantages, une plus grande énergie, une plus grande célérité. C'est en vain, d'ailleurs, qu'en 1789, le collège des Avocats du Parlement de Rouen en demanda le maintien. Le Haro disparut du sol français avec l'ancien régime. Aujourd'hui on ne le crie plus que dans les îles normandes, Jersey, Guernesey, Aurigny, qui ont conservé presque intactes les coutumes du Moyen-Age (2).

(1) En matière bénéficiale, on mettait la possession pour la durée du procès aux enchères entre les parties. Il n'y avait pas de séquestre (v. Glasson, p. 30, et les autorités qu'il cite).

(2) L'Etude du Haro tel qu'il est pratiqué dans les îles normandes qui re-

Section V. — Droit Français Coutumier

177.—C'est à partir du XIII[e] siècle que le Droit Français se fixe et se perfectionne sous l'influence des sources que nous avons étudiées jusqu'ici ; les ordonnances royales se multiplient ; les diverses coutumes sont rédigées et le système Possessoire apparaît réellement.

— Etablissements de Saint Louis. — Guy Pape paraît être le premier qui ait vu, dans les Etablissements, l'origine des Actions Possessoires. Alauzet, p. 136, soutient au contraire que, depuis longtemps, la jurisprudence des Parlements avait reconnu la saisine annale à titre de simple Possession. Quoi qu'il en soit, c'est dans les Etablissements qu'on trouve la première règlementation méthodique de la procédure des appleigements pour l'action de dessaisine.— Cette procédure consiste dans l'obligation, pour le demandeur spolié, de fournir des pleiges ou cautions, et pour le défendeur, de contre-appleiger. (Nous avons vu quelque chose d'analogue dans les Cautions du Haro). Si le défendeur refuse, la saisine est donnée sans autre formalité au demandeur. Dans le cas contraire, l'objet litigieux est sequestré et on recherche qui a droit à la saisine. Selon Laurière, V° Appleignement (sur Rageau), dès cette époque, la procédure par appleigement ne visait que le cas de dépossession, non le simple trouble. Enfin l'exception canonique: « Spoliatus ante omnia restituendus » est admise (V. Etablissements, livre II, ch. 6), ce qui a conduit Henrion de Pansey, ch. 52, à hasarder (mais cette opinion est des moins soutenable) que la Réintegrande pouvait bien tirer son origine des Etablissements.

178. — Coutumes de Beauvoisis de Philippe de Beaumanoir. — Bien plus important pour l'étude historique des Actions Possessoires est l'ouvrage de

connaissent encore comme base de leur législation civile l'ancienne Coutume de Normandie, nous entraînerait dans des développements trop étendus pour le cadre de cette étude. On peut trouver sur ce point des détails complets dans l'ouvrage de M. Glasson, déjà plusieurs fois cité, p. 73 et suiv.

Beaumanoir, presque contemporain de saint Louis; selon la remarque d'Alauzet, p. 140, les changements que ces actions ont éprouvés par la suite des temps, ont porté sur des parties tout à fait accessoires et sur les formes de procéder, non sur le fond du droit et les règles fondamentales qui n'ont plus varié depuis Beaumanoir (1).

Nous trouvons dans Beaumanoir (1) l'action de *novelle dessaisine* et l'action de *novel torble* et *de force*.

« Et cil meffet de quoi noz volons traitier sunt devisé en trois manières, c'est à savoir, force, novele dessaisine et nouvel tourble. — *Novele dessaisine si est s'aucuns emporte le coze de lequele j'aurai été en saisine an et jor pesivlement; — force si l'on m'oste a grand plenté de gent ou à armes; — nouviaux torbles si est se j'ai esté en saisine an et jor d'une coze pesivlement et on le m'empecque, si que je ne puis pas goïr en autele manière, comme je fesoie devant, tout soit ce que cil qui m'empecque n'emport pas la coze* (ch. 32, édit. Beugnot).

Beaumanoir distingue donc trois cas ou plutôt deux, car *la force* n'est qu'une variété de la dessaisine; c'est en quelque sorte la « vis armata » opposée à la « vis quotidiana ».

La durée annale de la Possession est exigée pour *la novele dessaisine* comme pour la *novel torble* « Sire veschi Pierres, qui m'a dessaisi de novel de tel coze. *de lequele j'avais été en saisine paisivle an et jor*. S'il le connoist, je requier à estre ressaisis, s'il le nie je l'offre à prouver ». Mais il n'est pas fait de mention d'annalité pour le cas de *force*.

Au contraire, en parlant de la prescription annale, Beaumanoir a soin d'indiquer spécialement ce cas de *force* : « Qui se veut plaindre de force, de novel dessaizine ou de novel torble, il s'en doit plaindre avant que

(1) Nous verrons, il est vrai, en étudiant la Réintégrande, combien l'on est peu d'accord sur une partie des règles posées par Beaumanoir. Le texte ne nous semble pas pourtant soulever de difficultés très sérieuses.

(2) Beaumanoir indique une ordonnance royale récente; on ignore quelle elle peut être et si elle a jamais existé. (V. Alauzet, p. 143).

li ans et li jors soient passés puis le dessaizine ; et s'il lait l'an et le jor passer, l'action qu'il avait de novele dessaizine est anientie et ne pot mès plaidier fors sor le propriété ».

D'autre part, Beaumanoir reproduit les termes même du Droit Canonique : « Et par cil jugement pot on veoir que de quelque chose que je soie en saisine et que la saisine soit bonne ou malvêze (1) et de quelque tans que ce soit, soit grans ou petis, qui m'oste de cette saisine sans jugement ou sans justice, je doie estre ressaisi avant toute œuvre, si je le requiers ». Malgré la généralité de ce passage il est vrai, MM. Alauzet et de Parieu nient que Beaumanoir ait admis la réintégrande telle que la concevait le Droit Canonique. Ils soutiennent qu'il s'agit de la dessaisine de choses mobilières et qu'il résulte nettement d'un autre texte de Beaumanoir que la défense de la Possession non annale n'est admise que pour ces choses mobilières : « En aucun cas me puis-je bien plaindre de novele dessaizine tout soit que je n'aie pas été en saizine de la coze dont je me plains an et jor. Se comme je suis en saisine d'un queval ou d'une autre beste, ou de denier ou de mueble quel qu'il soit, ou d'aucune despuelle que j'ai gaignée et labourée en mon nom sans autorité d'autrui, se on m'oste aucune de ces cozes et je le requier, je dois estre resaisis et quiet cil en amende ».

Nous nous contenterons, pour le moment, de ces indications générales, sans trancher encore toutes les controverses. (V. Alauzet, p. 54 et suiv). Qu'il nous suffise d'avoir montré qu'il existait un système possessoire complet à l'époque de Beaumanoir. Remarquons aussi combien toute cette doctrine est imprégnée de l'esprit du Droit Romain et Canonique. Il semblerait qu'elle a été créée tout d'une pièce par un juriste voulant mettre d'accord les règles romaines et canoniques avec ce qui restait du Droit Germanique et Féodal.

(1) Et ailleurs, Beaumanoir indique qu'on peut être ressaisi et encourir ensuite la peine de la hart : « Si comme l'on avait la coze dont on serait ressaisis mal tolue ou mal emblée ».

179. — Innovations de Simon de Bucy. — La force et la nouvelleté tendaient à un même but : la restitution de la saizine perdue; au cas de *nouvel tourble*, au contraire, le complaignant se prétendait saisi et demandait la cessation du trouble. Il n'y avait, en dernière analyse, que deux actions; l'appleigement n'étant exigé que pour la première, la nouvelleté. Or, l'obligation de plaider avec caution était onéreuse, et l'on devait naturellement chercher à s'y soustraire. D'autre part, en raison de son annalité, la saisine pouvait très bien ne pas être considérée comme perdue définitivement, car elle n'était acquise à aucune autre personne qu'après l'an et jour écoulé. C'est ce qui fit qu'on en vint à regarder la dépossession comme un simple trouble à une saisine qui survivait pendant le délai annal concédé pour la recouvrer. La pratique judiciaire reconnut bientôt ce caractère de la saisine. On rapporte le mérite de cette innovation à Simon de Bucy, premier président du Parlement de Paris, mort en 1358. (De Laurière, Glossaire V° se complaindre). Il est probable qu'il ne fit que réglementer un état de choses déjà existant en établissant une action unique, « la complainte en cas de saisine et de nouvelleté ». Ce n'est pas que l'on ait complètement abandonné les anciens principes. « La personne dépouillée était considérée comme ayant perdu la « possessio naturalis », non la « possessio civilis ». C'était, en somme, une simple fiction qui permettait principalement d'introduire l'action sans caution et sans encourir de fin de non recevoir. Mais il fallait se garder d'avouer la dépossession. (Loysel, L. V, t. 4, règle 11). « En cas de nouvelleté se faut bien garder de dire qu'on ait été spolié, mais simplement dejeté ou troublé de sa Possession par force ». Dans le même sens de Laurière cite Dubreuil, ancien style du Parlement. ch. 18, § 3 : « Item conquerens in tali casu novitatis, cavere debet ne se dicat spoliatum vel dessaisitum, quia tali casu non posset agere hoc interdicto ». — (V. aussi Grand Coutumier, ch. 21: Celui qui se plaint en cas de nouvelleté doit se garder de dire qu'il soit dessaisi ou dépouillé de sa

saisine, car il ne pourrait pas intenter la nouvelleté s'il ne possédait ou contendait posséder.)

La pratique, d'ailleurs, se préoccupait assez peu des distinctions de la doctrine : « Advocati curiæ Franciæ (dit Johannes Faber), non multum hic attendunt quia semper contendunt in turbativa, quæcumque sit vis »; et ailleurs : « In curia Franciæ fere omnes causæ sunt in casu novitatis, quod est fere Uti Possidetis » (1).

180. — Pour donner une idée de la manière dont on concevait le système Possessoire dans la pratique et dans la théorie à la fin du XIV[e] siècle, il nous reste à indiquer quelques passages d'auteurs de cette époque. Si nous analysons les solutions du Grand Coutumier en ce qui concerne la saisine (telle qu'elle nous apparaît après la réforme de Simon de Bucy), et la Possession, nous voyons que la saisine outre la condition d'annalité exige encore une sorte de juste cause, elle ne doit être ni violente, ni clandestine, ni précaire, non pas seulement « ab adversario » mais d'une façon absolue: « Jaçoit que le droit de Possession et de saisine n'aient point différence expresse; toutefois, par coutume, ils ont telle différence que comme à juste cause et à injuste cause; Possession se peut acquérir par occuper seulement, mais s'acquiert momentairement et par icelle Possession continuée « non vi, non clam, non précario », la saisine est acquise par an et jour, et pour ce par la coutume saisine est réputée juste de soi, « propter temporis adminiculum », mais Possession non « quia temporis adminiculum non requirit ». Et emporte cette saisine grand effet: car si je m'allègue saisi par an et jour, si mon adversaire m'allègue saisine contraire, l'on présumera pour moi et non pour

(1) Simon de Bucy introduisit encore une autre innovation, la simple saisine. « Simon de Bucy, dit Alauzet, p. 106, vit que dans le Droit Romain, en outre de l'action réelle ou revendication, le demandeur pouvait avoir l'action personnelle ou condiction, par laquelle il soutenait qu'on était obligé de lui transférer la propriété ; il voulut accorder en France le même avantage au demandeur et créa pour lui l'action de simple saisine qu'il était bien difficile, en Droit Français, de distinguer de la Revendication ». (V. De Laurière, Glossaire loc. cit.). Cette action de simple saisine était évidemment pétitoire et nous n'avons pas à nous en occuper.

luy, tellement que pendant le plaid, la chose ne sera pas mise en la main du roy, mais demeurera à mon profit. Et ainsi vous pouvez voir que saisine comprend et dénote Possession et naît saisine de Possession et non « e contra. » La saisine désigne donc, pour l'auteur du Grand Coutumier, la Possession juridique. D'ailleurs, la saisine acquise par simple occupation n'avait pas fait disparaître la saisine de droit, mais les diverses saisines produisent maintenant des effets semblables (Alauzet, p. 232).

181. — Des ouvrages plus scientifiques subissaient bien plus fortement l'influence du Droit Romain. Jean le Boutheiller dans l'ouvrage intitulé: Somme rural, ou le Grand-Coutumier général de practique civil et canon, confond sans cesse la Possession et la saisine et mentionne à chaque instant les Interdit romains. Il distingue (1) l'action de nouvelleté « que les clercs appellent Uti Possidetis » de l'action de nouvelleté « de force faicte, appelée par les clercs Unde Vi ». Othon le Senonais va plus loin encore, il plie tout et rapporte tout au Droit romain; il accorde l' « Uti Possidetis » au possesseur dans les termes du Droit romain sans condition d'annalité et ne fait nulle difficulté de reconnaître l'action Possessoire pour les meubles en vertu de l' « Utrubi » que nous avons vu disparaître longtemps avant Justinien. C'est aussi à cette époque, fin du XIV^e^ siècle et sous l'influence du Droit romain qu'apparaît *la dénonciation de Nouvel œuvre*, qui d'ailleurs est fort différente de la « Nuntiatio novi operis » romaine; institution entièrement étrangère au Droit germanique. (Voir Boutheiller, Somme rural, livre 1, titre 20.)

Il importe d'ailleurs de remarquer que dans le midi de la France, le Droit romain avait conservé une autorité exclusive. Pierre Jacobi (Pratique dorée, 1492), qui écrivait à Montpellier, ne connaît pas la saisine

(1) La très ancienne coutume de Bretagne (1330) ne connaît pas plus que le Grand Coutumier de pareilles assimilations, encore moins la dénonciation de nouvel œuvre.

annale. Il n'en fait aucune mention à propos des Actions Possessoires.

182. — Ces indications sommaires sur l'influence du Droit romain dès le XIV[e] siècle font aisément comprendre qu'avec les grands jurisconsultes il soit devenu la règle générale en matière de Possession. La saisine ne disparut pas, mais elle tendit à devenir semblable, dans tous les détails sauf l'annalité, à la Possession du Droit romain. L'Interdit de Vi revint en honneur. Mais la difficulté que présentait l'application d'un Interdit restitutoire à la Possession annale en rendit l'usage peu fréquent. Bientôt même, certains auteurs tendirent à faire dévier la réintégrande de son véritable objet et à en faire un simple incident de la complainte.

D'autres, sous l'influence du Droit canon et de la Décrétale Sæpe contingit, lui reconnurent un caractère de réalité ignoré du Droit Romain (v. plus bas notre exposé préliminaire au sujet de la Reintégrande).

Les traces de ces hésitations se retrouvent dans la Coutume de Paris qui ne mentionne pas la réintegrande expressément (art. 96), tandis que la grande Ordonnance de Villers-Cotterets (1539 art. 61, 62), sépare la complainte et la réintégrande et les constitue à l'état d'Actions Possessoires distinctes.

Remarquons d'ailleurs que la Coutume de Paris n'exige pas la possession annale in terminis. L'ordonnance de 1667 et Pothier passeront également l'annalité sous silence. On en pourrait presque à première vue conclure que la théorie d'Othon le Senonais et le droit romain pur en étaient venus à prévaloir et c'est ce qui a fait dire au tribun Faure dans son rapport au Corps législatif : « Le Code ajoute ce que la jurisprudence seule avait établi, que celui qui forme l'Action Possessoire doit être en possession depuis un an au moins (Locré, T. XXI, p. 558). Mais qui dit saisine dit Possession annale. Ce reproche adressé à la coutume n'est pas fondé. La Possession annale est au nombre des traditions expressément conservées par nombre de coutumes rédigées au XV[e] et au XVI[e] siècle. « Celui qui a tenu et possédé aucuns héritages et choses immeubles

par an et jour paisiblement a acquis la Possession de la chose ». Cout. d'Anjou, art. 426; Cout. du Maine, art. 446; (Cpr. Orléans, art. 486; Sedan, art. 263; Bourbonnais, art. 87; Poitou, art. 399; Bretagne, art. 109).

183. — Ordonnance de 1667. — Le caractère particulier de l'ordonnance de 1667, c'est qu'elle établit, pour la première fois, des dispositions applicables à toute la France. Son titre 18 est consacré aux Actions Possessoires.

Nous aurons occasion, dans le cours de notre étude sur les Actions Possessoires, d'après nos Codes et la loi de 1838, de revenir à chaque instant sur cette ordonnance. Aussi ne donnerons-nous qu'un exposé sommaire de ses dispositions.

L'ordonnance indique deux actions : la Complainte et la Réintégrande ; mais il existe une grande controverse sur le point de savoir si la Réintégrande qu'elle indique n'est pas simplement une branche de la Complainte. Pothier, n° 84, semble dire que ces deux actions n'en doivent former qu'une; d'autres auteurs, Argou, Imbert, estiment, au contraire, que la Réintégrande se trouve consacrée dans les termes du Droit Canonique.

Les deux actions ne sont accordées qu'au Possesseur, non pas au simple détenteur. Argou, Lange et Imbert, qui n'exigent pas l'annalité pour la Réintégrande, n'auraient pas admis, comme la jurisprudence moderne, la Réintégrande pour le simple détenteur, pour le fermier par exemple. (V. cep. Serpillon.)

Les vices de la Possession (Pothier, n° 96) doivent être entendus, non pas comme au XIV^e^ siècle, mais dans les termes du Droit Romain. Les exceptions pétitoires sont exclues. (Pothier, n^e^ 101). La Complainte et la Réintégrande se prescrivent par un an.

Les deux actions ne sont données qu'en matière immobilière ou pour universalité de meubles.

Elles jouissent du double privilège d'être portées directement devant les juges royaux et d'être exécutoires par provision en donnant caution. La séparation du Possessoire et du Pétitoire, la nécessité d'exécuter les

condamnations possessoires avant de se pourvoir au pétitoire, sont également proclamées.

184. — L'ordonnance ne fait pas mention de la Récréance. C'était pourtant une institution ancienne. Elle parait avoir été, autrefois, quelque chose d'analogue au « summarissimum » canonique, un incident de la complainte, tendant ordinairement à sèquestre, dont il est fait mention dans une ordonnance de 1347 et dans le Grand Coutumier. L'art. 74 de l'ordonnance de 1453 la mentionne comme moyen de remplacer le séquestre. Au XIV[e] siècle, le Style du Parlement en décrit ainsi les conditions : « In curia fit recredentia rei positæ ad manum regiam illi qui habet jus commune, vel promptiores probationes, vel ostendit titulum, vel summarie fundat in promptu intentum suum et post fit inquesta super possessione ».

La recréance est donc un préalable, un provisoire qui précède la solution définitive de l'Action possessoire. On essaya même d'en faire une instance séparée ce que l'ordonnance de Villers-Cotterets (1539) proscrivit expressément.

Dans le dernier état de l'ancien droit d'après Pothier, n° 105 (1), la récréance ne se concevrait que lorsque le juge se trouvant en présence d'enquêtes contraires, sans pouvoir décider de quel côté est la Possession, renvoie les parties au pétitoire et accorde à l'une d'elles la Possession provisionnelle pendant le procès pétitoire (nous aurons plus loin à nous demander si la recréance même ainsi restreinte existe encore aujourd'hui).

Quant à la dénonciation de Nouvel Œuvre dont nous avous trouvé la description dans Boutheiller, ni les coutumes, ni l'Ordonnance de Villers-Cotterets, ni celle de 1667 n'en font mention. Nous verrons à quelles controverses elle a donné lieu avant comme après la loi du 25 mai 1838.

Que doit-on conclure de cette rapide étude? Que notre système Possessoire tout en empruntant la Rein-

(1) Nous verrons, d'ailleurs, combien cette opinion de Pothier est critiquable au point de vue de la logique comme de la tradition historique.

tégrande au « remedium spolii » du Droit Canonique, la récréance au « Summarissimum », le saisine au Droit féodal a su conserver une forte unité, grâce à la solide base du Droit Romain sur laquelle il s'est toujours appuyé. Il a toujours su y plier et y ramener les innovations qui paraissaient devoir le moins s'accommoder avec son esprit. Dans le dernier état de l'ancien Droit, la condition de durée dans la Possession est la seule différence essentielle entre les deux législations et la reconnaissance de l'annalité constituait d'ailleurs, au point de vue pratique, un progrès sur le Droit Romain. Est-ce à dire qu'on doive pleinement et sans réserves admirer le système possessoire français? Non sans doute; et surtout il a un vice radical à notre époque : on peut dire qu'à la lettre il n'est pas codifié; c'est ce que nous aurons à chaque pas l'occasion de constater; de là des incertitudes et des controverses sans nombre. Une loi sur les Actions Possessoires est une des œuvres les plus urgentes, les plus indispensables parmi celles qui s'imposent à l'attention du législateur (1).

185. — Droit Intermédiaire. — Le Droit intermédiaire ne réforma pas les principes de la Possession. Mais en abolissant les droits féodaux, il supprima nombre de droits pour lesquels la Possession et les Actions Possessoires étaient possibles.

D'autre part, on attribua la connaissance des Actions Possessoires jusqu'à cinquante livres en premier et en dernier ressort à la juridiction nouvellement instituée des Juges de Paix. Loi du 24 août 1790, titre 3, art. 10.

—Il nous reste à dire quelques mots des travaux préparatoires. Ce sera la conclusion de notre historique.

Il semble qu'il était naturel d'indiquer dans le Code Civil les règles de fond des actions possessoires. La Cour de Caen l'avait formellement demandé. Il ne fut tenu aucun compte de ce vœu.

Le projet du Code de Procédure se contentait de les

(1) La vraie place des règles des Actions Possessoires est dans le code rural (dont on parle toujours et qui n'avance vraiment pas vite, puisque la statistique nous apprend qu'un canton rural de 10.000 habitants fournit cent fois plus d'Actions Possessoires qu'un canton de Paris.

énumérer sans parler des principes qui les régissaient. Le Tribunat demanda : « Qu'il fût tracé des règles spéciales sur la complainte et la réintégrande, à l'exemple de ce qui avait été fait dans l'ordonnance de 1667. » Il renouvela son vœu à deux reprises : « La section persiste à demander qu'il y ait un titre sur la réintégrande Il est indispensable d'expliquer quelle est la nature de la possession qui, seule, peut donner lieu à l'action ; si le pétitoire peut être cumulé avec le possessoire ; si on peut recourir au possessoire après avoir commencé le pétitoire ». (Locré, XXI; p. 378).

C'est grâce à cette insistance du Tribunat que le titre IV fut introduit dans le Code de Procédure. Mais l'art. 23 était évidemment incomplet. Il ne tranchait aucune des questions controversées et cependant Treilhard s'écriait dans l'exposé des motifs : « Du reste, les dispositions de ce titre n'ont rien de contraire à celles de l'ordonnance de 1667 et n'offrent rien qui puisse être susceptible du doute le plus léger... Nous n'avons pas aspiré à la vaine gloire de faire du nouveau. »

La loi du 25 mai 1838, intervenue depuis, n'a pas davantage fait cesser les controverses ; il semble même que le législateur de 1838 ait pris à tâche de ne pas trancher les points les plus épineux, comme nous aurons à le constater à maintes reprises.

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I

GÉNÉRALITÉS

186. — Notion générale de la Possession. Distinction des diverses Possessions. — 187. Définition de la Possession. Explication de l'article 2228. — 188. De la Possession qualifiée donnant droit aux actions. — 189. Notion générale des actions possessoires. 190. Opposition du possessoire et du pétitoire. — 191. Nature de la Possession. C'est un droit et non un pur fait. Controverse. Discussion. — 192. Examen de la théorie qui voit dans la Possession une présomption de propriété. Réfutation. — 193. La Possession est un droit réel. — Les actions possessoires sont des actions réelles. — 195. Nécessité et justification du système possessoire.

186.— Nous avons déjà défini la Possession dans notre Introduction; nous avons indiqué sa double forme théorique. Tantôt, c'est l'exercice du droit de propriété par le propriétaire même; tantôt, c'est l'exercice de prérogatives identiques par une personne qui n'est pas propriétaire, et c'est en ce sens qu'on a pu dire que la Possession était l'image de la propriété. Il n'y a donc en dernière analyse, qu'une seule possession; cette possession, comme nous l'avons démontré, constitue *un véritable droit*, droit subalterne et subsidiaire, droit du second degré, pour ainsi dire, mais qui méritait néanmoins une protection particulière, en raison de son caractère pratique, indépendamment et abstraction faite de toute considération de propriété dans le titulaire.

La possession n'est pas seulement un moyen d'user de la propriété, l'exercice du droit de propriété, c'est aussi un mode d'acquisition de cette propriété: continuée pendant trente ans (art. 2262), dans certains cas, pendant dix ou vingt ans (2265), fortifiée, sous diverses conditions, par l'adjonction favorable d'éléments spéciaux, juste titre et bonne foi, la possession conduit à la prescription. S'agit-il même de meubles,

la possession les fait acquérir instantanément (Art. 2279).

Un phénomène juridique aussi important devait attirer l'attention spéciale du législateur. Il devait essayer de bien dégager les principes et les règles particulières à chacune des deux hypothèses. Il n'en est malheureusement pas ainsi. Le Code ne donne la théorie de la possession qu'à propos de la prescription (1) (Livre III, tit. XX, ch. II, art. 2228 à 2236). Il ne dit rien de la Possesion annale et des actions possessoires ; il n'indique pas même par renvoi ou par allusion si la possession dont il s'occupe est la même que celle qui doit servir de base aux actions possessoires. L'article 23 Pr. n'a que très insuffisamment comblé cette lacune. Aussi est-on souvent embarrassé de décider si les règles de la Possession pour prescrire doivent s'appliquer à la Possession annale et se demande-t-on à chaque instant s'il y a corrélation absolue entre les deux Possessions. C'est une question dont nous aurons à nous préoccuper souvent par la suite (2).

187. — On peut dire d'ailleurs, que le code adopte dans ses grandes lignes, la théorie romaine que nous avons exposée. C'est-ce qui ressort de l'excellente définition (3) donnée par l'art. 2228 : « La Possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. » La Possession en Droit français exige donc le fait matériel (corpus) et le fait intentionnel (animus); on peut exercer la détention par soi-même ou par autrui, mais il faut dans tous les cas avoir l'intention de possédér (cpr. ce que nous avont dit supra,

(1) Savigny remarquait que les Romains avaient suivi le même méthode. Le titre de « Usu » et « Usucapione » vient après le titre de « Adquirenda vel amittenda Possessione ». De même au code, livre 7, la Possession est placée entre l'usucapion et la prescription de long temps.

(2) Le tribun Faure a dit, il est vrai, dans son discours au Corps législatif « quant aux règles qui concernent la Possession, c'est au code civil qu'il faut se référer ». Locré XXI, p. 558, p. 559.

(3) Elle est presque copiée sur Pothier. Traité de la Possession, n° 1, alinéa 2.

nos 18, 19, 21). D'autre part, la définition est très large quant aux choses auxquelles la Possession s'applique. Les immeubles, les meubles, les droits peuvent également faire l'objet de la Possession et l'article 2228 comprend sous un seul terme la Possession et la quasi-Possession que le Droit romain avait eu tant de peine à admettre (v. n° 37 et suiv.) (1).

La Possession dont parle notre article, c'est la Possession entendue dans son sens le plus compréhensif, la Possession qualifiée, la Possession du propriétaire et celle du « Non Dominus », la Possession sans aucune considération de titre, de durée, de bonne ou de mauvaise foi. Mais faut-il aller jusqu'à dire comme Troplong (Prescription nos 218, 232, 239) que la détention pure est comprise dans la définition de 2228 et que « peu importe l'esprit qui vous anime, peu importe que vous possédiez à titre de propriétaire ou non ». Cette théorie n'est pas sans de graves conséquences. « Nous appellerons Possession, dit Troplong, le fait de celui qui ayant dans la chose ou à la chose un droit quelconque, l'exerce par des actes de jouissance. Pour nous le fermier est un possesseur, de même que le gagiste, le séquestre, le commodataire, etc. Toutes les dispositions du Ch. 2 nous permettent de leur appliquer cette dénomination. Par exemple, l'art. 2230 parle de posséder pour un autre ; l'art. 2231 dit « Quand on a commencé à posséder pour autrui etc. » Cette opinion est inexacte autant que dangereuse. C'était aussi l'erreur d'Argou, Inst. au Droit fr., I, p. 222. Et même en partie celle de Pothier d'après lequel on devrait distinguer trois Possessions, qui accorde la Possession naturelle au séquestre et au gagiste, la refuse au commodataire, au fermier, au locataire. Toute cette confusion

(1) Aussi ne pouvons-nous accepter la terminologie de MM. Aubry et Rau, § 178, qui déclarent que la Possession proprement dite ne s'applique qu'aux choses corporelles (« possideri possunt, que sunt corporalia » L. 3, pr. « De adquir. vel amitt. possess. », 41, 2 (Voir n° 37), et que les objets incorporels ne sont susceptibles que d'une quasi-Possession. Le terme de quasi-Possession est complètement inconnu du Droit moderne, il n'en est fait nulle part mention dans nos codes.

vient d'une conception fausse des degrés de la Possession en Droit Romain (V. n° 17).

Aussi doit-on décider avec Marcadé (art. 2228, n° 1), qu'il n'y a de possesseur que celui qui possède à titre de propriétaire, de maître, qui a la volonté de posséder, de s'attribuer le domaine entier ou un démembrement de ce domaine. *Cette volonté, cet « animus sibi habendi » est l'essence même de toute Possession*, à laquelle peuvent s'adjoindre des qualités plus ou moins favorables, plus ou moins efficaces ; mais sans elle la Possession n'existe pas. Ni le séquestre, ni le gagiste pas plus que le fermier, le dépositaire, le locataire ne possèdent; le terme de détenteur ou de détenteur précaire est le seul rigoureusement qui leur convienne ; ils ont, il est vrai, certains droits, ils peuvent faire réprimer les vols, les dommages qui atteignent la chose qu'ils détiennent, ils ont pour cela une action personsonnelle. La Jurisprudence va jusqu'à leur accorder la réintégrande, mais ils n'ont aucun droit de Possession, ils n'ont pas l'Action Possessoire principale, c'est-à-dire la complainte.

188. — Il ne suffit pas du reste de remplir les conditions de l'art. 2228 pour avoir droit aux Actions Possessoires ; ces Actions ont pour but de protéger la Possession, or, toute Possession n'est pas également digne d'être garantie, par cela même qu'elle fera souvent échec au droit de propriété ; on peut exiger d'elle certaines conditions de durée (ce que ne faisait pas le Droit Romain), on peut exiger qu'elle soit certaine, palpable pour ainsi dire et exempte de vices.

Aussi doit-on rapprocher l'art. 2228 de l'art. 2229. L'art. 23 pr. d'autre part proclame la nécessité de l'annalité et reproduit moins complétement que l'art. 2229, les conditions de la Possession qualifiée. — 2229. Pour pouvoir prescrire il faut une Possession continue et non-interrompue, paisible publique, non équivoque et à titre de propriétaire. — 23 pr. Les Actions Possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble par ceux qui

depuis une année au moins étaient en Possession paisible par eux ou les leurs, à titre non-précaire.

On pourrait se demander en présence de la différence des textes si la Possession exigée pour les Actions Possessoires est bien la même que celle qui est requise pour la prescription. On n'a jamais prétendu néanmoins que la clandestinité, l'équivoque, ne fussent pas des vices excluant l'admissibilité de l'Action Possessoire. C'est qu'en effet ces conditions touchent à la nature, à l'essence même de la Possession. Mais Serrigny (Organisation de la Compétence et de la Procédure en matière contentieuse administrative, II, n° 695), a soutenu que la non-continuité, et la non-interruption n'étaient pas exigées dans la Possession nécessaire pour agir au Possessoire.

Cette opinion est restée isolée; l'art. 23 est incomplet, tout le monde en tombe d'accord, Serrigny lui-même; il ne parle pas de possession publique, non équivoque et l'on convient qu'on doit appliquer la règle de 2229 sur ce point. Or pourquoi ne pas admettre les autres dispositions de 2229? C'est procéder d'une façon arbitraire. Et ce qui est décisif, les travaux préparatoires commentent l'art. 23 Pr., et le complètent dans le sens que nous indiquons: « Celui qui forme l'Action Possessoire (Discours prononcé au Corps Législatif par le tribun Faure) doit être en possession depuis un an au moins. La Possession doit avoir été, durant cet intervalle, *continue*, *non interrrompue*, *paisible*, *publique*, *non équivoque et à titre de propriétaire*. — Locré, XXI, p. 558, n° 11 (sic: Bélime n° 29. Appleton, 213. — Aubry et Rau, § 187, texte et note 14. — Troplong, 331. — Crémieu, 264. Curasson, n° 568. — Wodon, n° 15 (v. aussi loi belge du 25 mars 1876, art. 4, n° 3) (1).

Certains arrêts et plusieurs auteurs, notamment Curasson, donnent toutefois une formule qui n'est pas absolument exacte en avançant que l'action possessoire ne

(1) Cass. 6 juin 1853. D. 53, 1, 250. — Cass. 17 février 1857. Dall. 57, 1 55. — Cass. 24 avril 1866. D. 66, 1, 315, 2 mars 1869. D. 70, 1, 133. — Cass. 28 janv. 1879. Sir. 80, 1, 25 et la note.

peut être exercée qu'autant que la prescription peut résulter de la Possession (1).

C'est aussi l'erreur de la loi belge citée plus haut; il est pourtant des choses imprescriptibles qui peuvent donner lieu à l'action possessoire (Voir ce que nous disons des Possessions précaires et du précaire administratif. Voir Appleton Cfr. Aubry et Rau, loc. cit.)(2).

189. — Nous avons ainsi indiqué les caractères généraux et essentiels de la Possession. Il nous faut maintenant donner une notion sommaire des actions qui ont pour but de la protéger.

Le Code de procédure, art. 23, se borne à les indiquer, sans les distinguer, sans les définir. Une seule disposition du Code Civil (art. 2060) s'en s'occupe incidemment. Cet article autorise « à prononcer la contrainte par corps en cas *de Réintégrante* et de délaissement ordonné par justice, d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voie de fait, pour la restitution des fruits qui en ont été perçus pendant l'indue Possession et pour le paiement des dommages et intérêts adjugés au propriétaire (3) ».

Ces insuffisantes indications donnèrent lieu aux controverses les plus multipliées. On discuta notamment l'existence de la Dénonciation de Nouvel œuvre et de la Réintégrande comme actions distinctes et différentes de la Complainte. Ceux mêmes qui admettaient la Réintégrande n'étaient pas d'accord sur ses conditions ; on se demandait aussi si la Récréance était possible et quelles en étaient les règles. Sur tous les points, on peut le dire, les divergences les plus graves existaient entre la doctrine et la jurisprudence qui sous l'influence notamment de M. Henrion de Pansey tendait à maintenir dans ses lignes principales le système possessoire

(1) Il faut remarquer également que les meubles qui sont susceptibles de Possession mais pour lesquels la Possession entraîne en quelque sorte une prescription instantanée ne peuvent être l'objet d'actions possessoires.

(2) Il faut mettre toujours à part la réintégrande qui n'exige pas la Possession de l'article 2229 d'après une jurisprudence constante.

(3) La loi du 22 juillet 1867 a d'ailleurs supprimé la contrainte par corps en matière civile.

tel qu'il existait dans le dernier état de l'ancien Droit. La loi du 25 mai 1838 n'a tranché qu'une partie des difcultés.

Art 6. — Les juges de paix connaissent à charge d'apppel 1° des *entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau* servant à l'irrigation des propriétés et aux mouvements des usines et moulins, sans préjudice des attributions de l'autorité administrative dans les cas déterminés par les lois et par les règlements, *des dénonciations de nouvel œuvre, complaintes, actions en Réintégrande et autres actions Possessoires* fondées sur des faits également commis dans l'année ; — 2° Des actions en bornage, etc. » Malheureusement le législateur de 1838 n'a pas distingué les conditions d'exercice de chacune de ces actions ; il ne nomme pas expressément la Récréance (bien que la mention: et autres actions Possessoires paraisse ne pouvoir s'appliquer qu'à elle) ; il semble, comme nous aurons occasion de le constater, qu'il n'ait fait que déplacer les difficultés.

Néanmoins pour trancher les questions délicates, nous paraît qu'on peut partir d'un principe assuré. La tendance du législateur de 1838 c'est d'admettre les solutions de la jurisprudence. Or la jurisprudence en matière possessoire a toujours cherché à suppléer au silence des textes au moyen des traditions de l'ancien Droit (1).

On peut remarquer d'autre part que le Code de Procédure (art. 24 et suiv.), n'a pas moins nettement séparé le possessoire du pétitoire que le Droit Romain ne l'avait fait (« Nihil commune habet proprietas cum possessione. ») Il est allé même plus loin, suivant en cela l'ancien Droit ; il a établi la règle rigoureuse du non-cumul (art. 25), que les jurisconsultes romains n'admettaient pas strictement (voir n° 99) et la préséance du possessoire sur le pétitoire (art. 26) que le Droit Romain avait complètement ignorée (V. Ulpien, L. 12, § 1. « De adquir. vel amitt poss. », 41, 2).

(1) Mais il est souvent difficile au milieu des dissentiments des anciens auteurs, de discerner l'opinion la plus générale, et la jurisprudence s'est quelquefois trompée à ce point de vue.

Les actions possessoires s'opposent donc nettement aux actions pétitoires, bien qu'elles paraissent s'en rapprocher beaucoup par leur but qui est la détention et la jouissance de la chose litigieuse. Mais elles reposent sur des droits absolument différents. Dans l'action pétitoire, la demande est basée sur le fond du droit, la chose est revendiquée en vertu de la propriété, c'est-à-dire d'un droit complet et absolu. Au contraire, dans l'action possessoire, le complaignant qui demande a être maintenu dans la possession d'un immeuble ou d'un droit réel, par exemple d'une servitude, quand cette possession a été troublée, ou qui demande à y être rétabli quand il a été dépossédé, invoque un droit inférieur et ne se trouve pas toujours approprié sans recours et d'une façon définitive de l'immeuble ou du droit litigieux. Ce n'est pas d'ailleurs que la décision qu'il obtient ne soit pas définitive, au sens juridique de ce mot, et n'ait pas l'autorité de la chose jugée ; mais c'est seulement dans une sphère restreinte.

Du reste, le pétitoire peut très bien ne pas suivre le possessoire, la complainte n'est pas un préalable nécessaire de la revendication, ce n'est pas une action préjudicielle. N'est-ce pas, d'ailleurs, le plus souvent, selon la remarque d'Ihering, le propriétaire même qui intente l'action possessoire pour défendre sa chose sans se lancer dans la preuve longue et hasardeuse de son droit de propriété ? (Arg. L. 8, « De Vi », 43, 16, « Quotiens vel non dominus »).

191. — Aussi croyons-nous qu'on ne saurait trop soigneusement réagir contre la tendance générale des auteurs qui, en traitant de la Possession, semblent toujours avoir en vue la propriété ; pour qui le possessoire n'est en quelque sorte que le premier degré du pétitoire. Nous allons essayer d'établir ces deux propositions dont, par la suite, nous tirerons de nombreuses conséquences : 1° Que la Possession est un droit ; 2° Et ce qui n'en est que le corollaire, que le fondement de la Possession n'est pas une simple présomption de propriété.

Que la Possession soit un droit, c'est ce que nous

avons démontré nettement au point de vue théorique dans notre étude de Droit Romain (p. 38, n° 33). Nous avons établi que pour constituer un droit il fallait : 1° Un sujet dont la volonté soit l'élément fondamental du droit; 2° Un objet sur lequel puisse s'exercer cette volonté; 3° La reconnaissance par la loi du rapport ainsi établi et l'existence d'actions destinées à le garantir et à le protéger. Nous avons condamné la théorie de Savigny suivie par tant d'auteurs : que la Possession est un fait ayant en somme les conséquences d'un droit (Voir p. 36 et note 1). Nous persistons à penser qu'il y a absurdité à soutenir qu'un phénomène juridique reconnu par la loi, qui a toutes les conséquences d'un droit, ne soit en somme qu'un fait. La Possession, d'après nous, est un droit « sui generis » qui exige sans doute des conditions particulières d'appréhension, de contact avec la chose ; mais il ne nous paraît pas qu'un droit soit nécessairement une pure abstraction. — Le Droit Romain, d'ailleurs, nous l'avons vu par un examen approfondi des textes, n'est jamais tombé dans l'erreur qu'on lui a prêtée gratuitement (n° 34).

Or, en Droit Français, la plupart des objections qu'on pouvait faire contre notre opinion ont disparu. La transmissibilité de la Possession, l'accession des Possessions qui n'avait été qu'une exception temporaire et réduite à l'hypothèse de l' « Utrubi » est devenue la règle ordinaire. On discute, il est vrai, dans certains cas, si la possession peut être transmise ou non, « solo consensu » (V. Aub. et Rau, § 179, texte et note 9 et autorités citées. — Contra Wodon, n° 195, Appleton, § 299 et suiv.), mais fût-il restreint même à certaines hypothèses, le principe de la transmissibilité de la Possession répugne à l'idée du fait. De même les règles de la Possession des incapables ne se comprennent pas s'il s'agit d'un pur fait. Dans cette théorie également, la règle qu'en possédant le principal on possède les accessoires ne saurait se justifier. Enfin la perpétuité de la Possession sans qu'il y ait des faits continus de main-mise sur l'objet possédé ;

la conservation de la Possession jusqu'à ce qu'au bout d'un an l'action soit prescrite ; la poursuite de la chose aux mains des tiers-détenteurs (art. 2243), tous ces caractères de la Possession répugnent à l'idée de fait et entraînent nécessairement l'idée de droit.

Et en pure logique, la doctrine contraire conduit à des résultats très graves. Si la Possession n'est qu'un fait ayant en somme les conséquences d'un droit, si, comme le dit Wodon, n° 1, la Possession ne peut être régie, quant à son acquisition, sa transmission ou sa perte, par les principes qui concernent la transmission, l'acquisition ou la perte des droits réels du patrimoine ; il faudra que chacune des conséquences de la Possession soit formellement et expressément édictée par la loi, car aucun fait par lui-même ne saurait avoir d'effets juridiques propres, cela ne peut se concevoir. D'où il suit qu'à chaque instant, en présence des lacunes de nos textes, on devrait toujours adopter la doctrine la plus restrictive, la moins large et qu'aucun raisonnement, appuyé sur les principes seuls, ne saurait avoir de valeur. Cette unique considération suffirait pour condamner formellement la doctrine que nous combattons. Il est vrai qu'à l'heure qu'il est, la théorie absolue qui ne voit dans la Possession qu'un fait accidentel dans son origine, qui n'avait rien de nécessaire, qui n'a qu'une justification historique et traditionnelle, n'a pas beaucoup d'adeptes et la plupart des auteurs, comme nous le constaterons plus loin, cherchent à lui donner une base plus solide et plus philosophique.

Il nous reste maintenant à réfuter l'argumentation de MM. Aubry et Rau, § 177 « in fine », d'après lesquels l'annalité ne saurait se concilier avec notre théorie. Ce qui, selon les éminents auteurs, était un fait dans son essence, ne peut, par la seule échéance d'un terme, se transformer en droit. C'est ce que nous ne comprenons pas. Eh quoi ! ce qui était la détention la veille est la Possession le lendemain, et le phénomène juridique serait resté le même ! Non, la loi par sa seule puissance en a transformé en quelque sorte la nature. La

veille, c'était une chose qu'elle ne connaissait pas, sur laquelle elle ne voulait rien fonder ; le lendemain, c'est un droit. C'est un mode de raisonnement vicieux, selon nous, que de vouloir considérer ce qui sera la Possession à son moment initial ; il faut la prendre au bout d'un an complètement constituée, vivifiée par l'échéance du délai imparti par la loi.

Tous les auteurs, au contraire, agissent d'une façon inverse. « Quoique la Possession ne constitue qu'un état de fait, disent MM. Aubry et Rau (loc. cit.), la loi y attache cependant certains effets juridiques ». — Wodon : n° 1, « C'est un pur fait donnant naissance à des droits ». N° 2, « C'est un fait quand on la considère dans sa cause, c'est un droit quand on la considère dans ses effets ». Et ailleurs, n° 41 : « La Possession est la condition ou cause-occasionnelle des Actions Possessoires plutôt que leur véritable fondement ».(Cpr. Troplong, n° 237). Toutes ces formules, à bien les serrer de près, sont d'un vague désespérant. MM. Aubry et Rau critiquent l'opinion que nous avons proposée. « C'est en considérant la Possession comme la cause génératrice des effets qui y sont attachés que certains auteurs lui attribuent le caractère d'un droit. A notre avis, la Possession ne constitue pas un droit « sui generis ». Mais qui ne voit qu'en expliquant, par la seule toute-puissance de la loi, les effets juridiques de la Possession, on n'explique rien du tout en dernière analyse. Si la propriété, si le droit de servitude ont des effets juridiques, c'est évidemment parce que la loi les y a attachés. M. Appleton a bien vu le vice de ce raisonnement. « Puisqu'un fait ne saurait engendrer directement une action, dit-il, il suit de là nécessairement qu'une idée intermédiaire a été omise, et cette idée c'est celle du droit créé par le fait, du droit qui, généralement, est seul générateur de l'action (§ 9 et suiv. ». Et ailleurs, recherchant quelle est la base de ce droit, il ajoute : « Le principe qui a servi de base au droit reconnu aux Possesseurs, c'est cette règle de raison que, dans une société civilisée, nul ne doit innover à la position d'autrui sans un ordre émané de

l'autorité judiciaire (§ 131, § 207). Mais cette opinion est aussi rejetée par Aubry et Rau : « On ne pourrait attribuer à la Possession le caractère d'un droit, qu'en la rattachant à la personnalité de l'homme dont elle est une manifestation. Mais à ce point de vue même, elle ne serait toujours qu'*un droit dérivé de cette personnalité et non un droit subsistant par lui-même comme la propriété ou les servitudes* (§ 177, texte et note 9 ») .

Il résulte donc en dernière analyse de cet exposé que Messieurs Aubry et Rau ne peuvent admettre le droit qu'à l'état de pure abstraction ; il n'est pas de droit de Possession pour eux parce que la Possession dérivant de la personnalité, il n'y a qu'une infinité de Possessions isolées ne laissant pas place à la conception d'une Possession subsistant par elle-même en dehors des personnes qui en sont titulaires. Or cette conception du droit est inexacte. Sans doute à l'heure qu'il est et dans notre législation les droits sont tous de pures abstractions. Mais qu'il en soit nécessairement ainsi, nous ne le pensons pas. Dans le premier état du Droit Romain, le droit de propriété n'était pas du tout une abstraction. « Hœc res est mea » disait le vieux Romain. La propriété était à la fois « res facti et res juris ». Or la possession est restée aussi chez nous inséparable de l'élément matériel. Mais il ne s'en suit pas inévitablement que ce ne soit pas un droit.

192. — La doctrine que nous combattons eût été tellement stérile dans ses résultats qu'on a dû la vivifier par l'adjonction d'une présomption de propriété dont nous allons examiner la valeur. Ce que la loi protège et garantit c'est bien moins, a-t-on dit, la Possession elle-même que le droit probable de propriété ou de servitude dont celle-ci fait supposer l'existence (A. et R., § 177, texte et n. 8). C'est là une théorie brillamment soutenue par Troplong (Prescription 237). « Il arrrive souvent que la loi s'empare de certains faits, en tire des inductions et fait sortir de leur sein des présomptions d'un droit ; mais les faits n'en restent pas moins des faits. Ils ne sont que la base de l'opération logique par laquelle on arrive de l'effet à la cause ; ils sont les conséquences

connues d'un principe caché qu'ils servent à mettre en lumière ; mais on ne pourrait sans une incroyable confusion les transformer en cause. Ils doivent rester effet, c'est ce qui a lieu pour la Possession. » La Possession n'est donc admise que parce qu'elle constitue et en tant qu'elle constitue une présomption de propriété et tous les effets qu'on fait sortir de la Possession ne sont que les conséquences de la propriété présumée qu'elle signale.

Cette présomption de propriété reconnue a évidemment les conséquences les plus heureuses ; il s'en suit qu'on peut sans autre motif, sans autre raisonnement, calquer toute la théorie de la Possession sur la théorie de la propriété ; faire réellement de la Possession une image complète de la propriété. C'est celle qu'adopte Demolombe (T. 9, n° 479). C'était celle de la Cour de Caen qui demandait dans ses observations sur les travaux préparatoires que le code s'expliquât sur le caractère et les effets juridiques de la Possession « On n'a point parlé de la Possession par an et jour d'un immeuble et de ses effets ; elle appartient cependant au Droit civil parce qu'elle constitue un droit réel dans le possesseur qui doit être provisoirement maintenu. Ce droit était consacré par plusieurs coutumes et notamment par les art. 96-98 de la coutume de Paris. Les formes de procès sur cette action appartiennent, il est vrai, au code judiciaire, mais le fond du Droit tient essentiellement à la manière d'acquérir et de conserver les biens. En effet celui qui a cette Possession ne peut plus être évincé que par un titre ; il importe donc de faire un article de loi qui règle les effets de cette Possession. Cela est d'autant plus nécessaire que l'ordonnance de 1667 n'est pas en vigueur dans toutes les parties de la République. Celui qui possède par an et jour est réputé provisoirement propriétaire. C'est une vérité écrite partout. » (Fenet 3, p. 459-460.) »

Et de cette présomption de propriété, M. Demolombe, comme la Cour de Caen, tire un argument pour la réalité du droit de Possession, « Il est tout à fait logique que le

droit de Possession qui n'a de valeur légale que parce qu'il est réputé être le droit de propriété, soit en conséquence de même nature que le droit qu'il *représente* et *dans lequel il s'identifie.* » — (V. aussi Duranton, 4, n° 245; Crémieu, 217, Bourbeau, 267.)

Qui ne voit par ces citations même combien on tombe vite *du fait* présomption de propriété, au *droit* représentant le droit de propriété et s'identifiant avec lui. L'opinion d'Aubry et Rau et de Troplong conduit aussi tout droit à celle de Molitor (n° 80 et suiv., n° 99, n° 126), pour qui la Possession n'est qu'une prescription provisoire parce que la Possession annale était dans son principe (1) et historiquement une prescription qui donnait la propriété. Mais autant dire alors que la possession est une propriété provisoire !

Toutes ces opinions qui reposent sur la prétendue présomption de propriété qui serait renfermée dans la Possession doivent être condamnées. Il faut rejeter de la science du droit cette présomption aussi inexacte que dangereuse. Selon la remarque fort juste d'Appleton, § 306: « Si la loi avait protégé la Possession parce qu'elle y voyait une présemption de propriété, elle n'eût pas accordé d'Action au possesseur contre le véritable propriétaire, car de deux choses l'une, ou cette présomption que l'on imagine admet la preuve contraire, ou elle ne l'admet pas. Si elle ne l'admet pas, il n'y aura plus de pétitoire; si elle l'admet le possessoire et le pétitoire seront confondus et le propriétaire devra triompher sur la complainte, qu'il soit possesseur ou non; car il est impossible de concevoir que devant un Juge, je sois réputé propriétaire, nonobstant la preuve évidente du contraire, et que devant un autre juge cette preuve contraire puisse être admise. »

Personne, à notre connaissance, n'est allé jusqu'à admettre qu'il y avait là une présomption « juris et de jure ». Cette opinion radicale eût, en effet, tout bonnement supprimé le Pétitoire, qui n'eût plus constitué

(1) Saisine et Possession gaigné par tenure paisible après an et jour, trait à soi et gaigne la propriété et l'héritage (Jean Desmares).

qu'une instance d'enregistrement. Mais la plupart des auteurs (1) l'admettent à l'état de présomption du second degré. Pour M. Bourbeau, par exemple, n^os^ 439, 443, c'est une présomption légale de la classe de celles qui tombent devant une preuve contraire que la loi a réservée (art. 1352). Il serait évidemment difficile, et cet auteur en convient, de citer aucun texte en ce sens, mais cela résulte de la nature même des choses. Pour Bélime, c'est une présomption *provisoire*, une présomption « sui generis » d'un rang inférieur à celles qui sont prévues par les art. 1350 et 1352. Sans relever tout ce qu'il y a d'erroné à attribuer au procès possessoire un caractère provisoire, nous demanderons seulement ce que peut devenir, avec une pareille doctrine, la séparation si nette du Pétitoire et du Possessoire. Si le juge de paix ne statue en dernière analyse que sur une présomption provisoire de propriété, comment lui interdire la connaissance de toute exception pétitoire ; comment, si la preuve contraire est évidemment acquise au débat, l'obliger à maintenir en Possession? Or, c'est ce qui se présente à chaque instant, surtout à propos de servitudes; tous les jours, le juge de paix maintient en matière de passage et pour cause d'enclave en possession d'un chemin qui n'est souvent, et cela sans doute possible, ni le plus court, ni le moins dommageable (683). De même, il peut être souvent évident que l'innovation à la jouissance d'un cours d'eau ne saurait être conservée à titre de droit définitif, si des enquêtes même ressort la date du point de départ de cette innovation. Il peut paraître absolument certain au juge du Possessoire qu'il n'a rien été prescrit et néanmoins il doit maintenir en Possession. — D'autre part, si nous considérons l'effet de cette présomption sur le pétitoire, il n'est pas moins grave. Si restreinte qu'on la suppose, la présomption est une preuve complète. Il en résulte que si le Possesseur maintenu agit *comme demandeur* au Pétitoire, il

(1) Aubry et Rau, p. 182, note 1 ; Troplong, 217 et suiv.; Bélime, n° 18 ; Cpr Pothier, Possess. 83.

n'a qu'à présenter le jugement qui l'a maintenu dans sa Possession; à conditions d'ailleurs égales, la préférence est due au Possesseur (Aubry et Rau, loc. cit.), et sauf la preuve contraire réservée à l'adversaire défendeur, il peut demander qu'on transforme son titre possessoire en titre définitif de propriété. Or, cette opinion que nous nous réservons de combattre par la suite, change arbitrairement les règles de la preuve. D'après nous, au contraire, si le Possesseur agit imprudemment comme demandeur, sa preuve entière reste à faire; sa Possession et son jugement de maintenue ne constituent au pétitoire que des présomptions simples (art. 1353) qui pourront être combattues avantageusement, selon les cas, par des présomptions de même ordre. (V., il est vrai en sens contraire, Cass. 15 mai 76, D. 76, 1,268).

On voit, par toute cette discussion, que les questions que nous examinons n'ont pas seulement une importance théorique. Selon le système que l'on adopte sur le caractère de la Possession juridique et sur le fondement de cette Possession, on se trouve entraîné à trancher, dans des sens très différents, les questions les plus graves.— Et pour nous résumer sur ce point : La Possession ne repose pas sur une présomption de propriété, de quelque nature que ce soit; c'est un droit particulier « sui generis », qui n'est pas la propriété, mais l'image de la propriété dans une sphère subalterne ; c'est une création artificielle, si l'on veut, de la toute-puissance de la loi, création qui répond au plus haut degré aux nécessités pratiques ; sa justification se trouve dans son éminente utilité. (Voir au surplus ce que nous avons dit dans notre thèse romaine, n° 40).

193. — La Possession est un droit réel. — La Possession est donc un droit. Mais de quelle nature? Pour ceux qui ne voient dans la Possession qu'un fait le droit aux actions Possessoires ne peut être qu'un droit personnel (Wodon, n^os^ 39 et suiv., 62). Pour ceux qui font reposer la Possession sur une présomption de propriété, comme pour ceux qui voient dans la Possession une sorte de propriété provisoire, le droit aux

actions possessoires est réel. (Cpr. Demolombe, 9,479; Bélime, n° 16; Molitor (loc. cit.); Duranton IV, n° 245; Appleton, § 20-25, 210 et passim.; Troplong, 233-238).

Nous avons vu que la même question se posait en Droit romain (1) et nous avons conclu que les Romains n'avaient pas reconnu à la possession le caractère d'un droit réel: 1° parce qu'ils n'avaient pas admis que ce droit pût être poursuivi contre un tiers détenteur; 2° parce que les interdits étaient des actions personnelles; Or, ni l'un ni l'autre de ces motifs ne subsiste en Droit français. La possession ne donne pas seulement un droit direct sur la chose; mais ce droit persiste quand la chose est sortie des mains du possesseur, il peut être opposé à tout tiers détenteur. Cette « rei persecutio » ne permet guère de contester le caractère de réalité de la posssession (2).

194. — D'autre part, les actions possessoires dans notre Droit sont réelles (art. 3 Pr.), puisqu'elles doivent être introduites devant le juge de la situation de l'objet litigieux (3). Un texte aussi formel ne permet pas, selon nous, la discussion (4).

Néanmoins, Bélime et Molitor distinguent, classent la Comp'ainte et la D. de N. Œ. parmi les actions réelles et la Réintégrande parmi les actions personnelles. On n'aperçoit pas de motif décisif à l'appui de cette opinion; sans doute, la réintégrande n'exige pas les mêmes conditions que la complainte; mais elle est

(1) Voir notre n° 35

(2) C'est, comme nous l'avons vu, une innovation du droit canonique (Decretale Sœpe contingit).

(3) C'est la tradition de l'ancien Droit, méconnue par Pothier, il est vrai. V. Cout. d'Orléans, Introd. génér. aux Coutumes, n° 118.

(4) C'est un point reconnu, notamment par Warnkœnig qui admet, d'ailleurs, en Droit romain, la théorie de Savigny. Il se contente de parler de la défectuosité de notre Code. Les auteurs qui, comme Appleton et Troplong, font de la possession un pur fait, sont obligés d'ailleurs de reconnaître la réalité de l'action possessoire en Droit français. Un seul dissident, Wodon, n° 53 et suiv., maintient aux actions possessoires le caractère personnel. Carré, Rauter, Henrion de Pansey, (Comp. des juges de paix. ch. XI), ont proposé de les classer parmi les actions mixtes, à côté des quatre actions divisoires et de la pétition d'hérédité. Cette opinion, dont la réfutation nous entraînerait dans de trop longs développements, est contraire au texte comme à l'esprit de notre Procédure.

reipersecutoire, elle doit aussi être portée devant la situation de l'objet litigieux. L'article 3 Pr. ne distingue pas. Il est vrai que la jurisprudence, en l'accordant au détenteur simple, au fermier, a, selon nous, dépassé quelque peu les bornes raisonnables ; mais cela ne suffit pas pour changer le caractère légal et la nature de l'action.

195. — Le système possessoire, tel que nous venons de l'exposer, a pris, sous notre législation, un caractère particulier par l'attribution du possessoire à un juge autre que celui du pétitoire. Sous l'ancien Droit, un même Tribunal connaissait des deux espèces de litiges. La création des Juges de paix, l'attribution qui leur a été faite des actions possessoires, a creusé en fait une séparation plus absolue entre la possession et la propriété, a fait ressortir plus vivement, s'il est possible, l'opposition de ces deux droits. Si les règles principales de la connaissance du Possessoire n'ont pas été changées, leur application par un juge spécial a nettement marqué que le litige possessoire n'avait rien d'un provisoire ni d'un préalable à la revendication. C'est ce qu'on ne devrait jamais perdre de vue quand on examine si les actions possessoires doivent être admises nécessairement dans une bonne législation. On s'est plaint souvent de ce qu'on a appelé une dualité de procès pour le même objet. Voici ce que disait en 1835 M. Bérenger (depuis président de chambre à la Cour de cassation) dans un mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques, (V. Mémoires de l'Académie des Sciences Morales et Politiques, 1[er] vol.) : « Des doutes se sont élevés sur l'utilité de cette double action. On se demande si elle n'est pas pour nous l'effet d'un vieux préjugé ; s'il ne serait pas plus simple de laisser la possession à celui qui jouit et de plaider sur-le-champ au principal. On réduirait ainsi le litige à un seul procès et on éviterait ainsi une foule de formalités qui, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, ne sont réellement profitables qu'aux agents judiciaires, et lorsque quelques mesures conservatoires seraient jugées utiles, soit pour empêcher que l'état de choses

ne fût changé ou modifié, soit pour autoriser en certains cas la continuation du nouvel œuvre, soit dans les circonstances très rares où la propriété elle-même ne reposerait avec certitude sur la tête de personne, il y serait pourvu par des dispositions simples et d'exécution facile qui seraient confiées au juge du pétitoire.— La ligne qui sépare les deux actions, pétitoire et possessoire, est souvent si imperceptible qu'il est très difficile au magistrat le plus exercé de la discerner ; de là tant d'erreurs sur la compétence, erreurs qui, au lieu de deux procès dont nous nous plaignions tout à l'heure, en exigent habituellement un troisième, celui devenu nécessaire pour fixer la juridiction.... Les fonctions de juge de paix en deviennent très délicates à remplir, cependant ils ne sont placés si près des populations qu'afin de pourvoir à ceux de leurs besoins qui sont les plus faciles à satisfaire ; exiger d'eux au-delà des lumières naturelles, c'est se tromper sur le but de leur institution. »

Nous ne saurions accepter cette opinion ; il est certain que trop souvent le juge de paix est insuffisant pour trancher les délicates questions de droit qui surgissent dans les procès possessoires. Il est certain également que le nombre des jugements cassés pour incompétence est très considérable. Mais il faut reconnaître que ce qui rend surtout difficiles les questions possessoires, c'est l'insuffisance, ce sont les lacunes de la législation. Un bon code des Actions Possessoires, un texte clair et complet, faciliteraient singulièrement la tâche des juges de paix.

D'autre part, on peut se demander s'il est possible, s'il est raisonnable d'exiger la production d'une preuve de propriété pour une borne arrachée, pour un sillon envahi. Selon la remarque de Belime, « il suffit en ce cas d'une citation au possessoire et d'une descente sur les lieux pour qu'en peu de jours, sans beaucoup de frais, l'usurpation soit supprimée et que les choses aient repris leur cours accoutumé ». Dans le système de M. Bérenger, au contraire, si l'on tient compte de cette considération relevée par les statistiques que les

neuf dixièmes des difficultés possessoires naissent dans les cantons ruraux, il faudra Dieu sait combien de voyages à la ville pour constitution d'avoué, conférence avec l'avocat, assistance à l'audience, sans compter les remises et les renvois. Et puis la plupart du temps il est impossible d'apprécier sans voir les lieux ; il faudra donc, ou qu'un juge se déplace ou qu'on envoie commission rogatoire au juge de paix de la situation des lieux. La prétendue simplification n'est donc qu'un leurre. « Pour moi, dit Bélime, je ne serais pas étonné que ce changement de juridiction amenât une autre conséquence: c'est que les parties peu jalouses de se déranger pour aller faire connaissance avec les officiers judiciaires des villes, ne prissent la funeste habitude de se faire justice elles-mêmes, de repousser les voies de fait par des voies de fait et de répondre aux usurpations par des représailles. »

Le maintien du système possessoire est donc impérieusement exigé par les nécessités pratiques. Mais ce qu'on peut demander, c'est un recrutement sévère des juges de paix et surtout une bonne loi qui mette fin dans la mesure du possible aux multiples controverses que la prétendue réforme de 1838 a laissé subsister(1).

(1) M. Alauzet est aussi partisan du principe du maintien du système possessoire ; mais avec une sérieuse codification et un certain nombre de réformes. V. p. 283 et suiv.

CHAPITRE II

ÉLEMENTS, CONDITIONS ET CARACTÈRES DE LA POSSESSION

196. — Eléments de la Possession qualifiée. Distinction des vices absolus et des vices relatifs. La bonne foi n'est pas exigée. Il ne suffit pas que la Possession soit qualifiée si elle n'est annale. — 197. Indications sommaires sur l'acquisition de la Possession et sur son objet. — 198. La Possession du principal fait présumer la Possession de l'accessoire.—199. Règle nouvelle de l'accession des Possessions inconnues du Droit Romain.—200. Caractères de la Possession. A. Possession continue. — 201. Ne doit pas être confondue avec la Possession continuelle. — 202. La Possession cesse-t elle d'être continue quand par négligence il n'est posé aucun acte de Possession? Controverse. — 203. Continuité en ce qui concerne les servitudes. — 204. La discontinuité est un vice absolu — 205. B. Possession non-interrompue. Elle se distingue nettement de la Possession continue. — 206. Interruption naturelle. — 207. Interruption civile — 208. C. Possession paisible. — 209. La Possession doit-elle rester paisible dans sa durée, doit-elle seulement être exempte de violence à son origine? Controverse. — 210. La violence est un vice relatif. Conséquences. — 211. D. Possession publique. Nature spéciale du vice de Clandestinité. Exemples. — 212. Dans quels cas la Possession clandestine devient publique et la Possession publique clandestine. — 213. Anticipations par l'effet du labourage. Controverse. — 214. E. Possession non-équivoque. Divergence des auteurs. Principales hypothèses d'équivoque. — 215. Faits de jouissance limités et non exclusifs. — 216. Possession du Communiste. — 217. Tolérance et familiarité. — 218. F. Possession non précaire. Du Précaire Romain. Ce que produirait un contrat semblable. — 219. Du précaire moderne, possession pour autrui. — 220. Du précaire administratif. — 221. Du précaire algérien. — 222. Principaux détenteurs précaires. — 223. Le précaire est un vice absolu. — 224. La précarité ne se présume pas. — 225. La Possession entachée de précarité à son origine est censée se continuer telle sauf: 1° Contradiction. — 226. 2° Interversion par cause venant d'un tiers. — 227. Transmission de la chose par le détenteur précaire à un tiers.

De la Possession requise pour intenter l'Action Possessoire

196. — Avant d'entrer dans l'examen approfondi de l'art. 2279 qui, combiné avec l'art. 23 pr., comme nous l'avons observé, nous donne tous les caractères de la Possession exigée pour les Actions Possessoires, il est essentiel de donner quelques notions générales sur la

Possession considérée dans ses éléments, son objet, son acquisition. Nous nous attacherons seulement, d'ailleurs, à indiquer les règles particulières à notre Droit, et seulement à propos des immeubles et droits immobiliers pouvant donner lieu à l'Action Possessoire, les règles qui ont innové à la théorie générale présentée dans le chapitre I[er] de notre première partie.

Quand la Possession réunit l'ensemble des qualités prévues par l'art. 2229, elle est dite qualifiée, légitime ou parfaite. Lorsque manque, au contraire, l'un de ces éléments, on l'appelle incomplète ou vicieuse. Elle peut être entachée notamment des vices de précarité, de clandestinité ou de violence. Plus spécialement, on qualifie de vicieuse la Possession violente ou clandestine « ab adversario » que le Droit Romain appelait « Possessio injusta ».

Parmi les qualités de la Possession, les unes doivent exister d'une manière absolue, parce qu'elles tiennent à la nature, à l'essence même de la Possession. Si elles manquent, la Possession se trouve inficiée de vices d'inexistence que chacun peut invoquer. Chacun, par exemple, peut prétendre que la Possession est dépourvue d' « animus », qu'elle est précaire (1). Chacun peut soutenir que la Possession n'est pas continue, sans interruption, non équivoque. (V. notamment art. 2243 en ce qui concerne la continuité et la non-interruption). Le vice absolu ne peut se purger par aucun laps de temps (2236-2238). Il ne peut disparaître sans une contradiction ou une interversion formelle.

Les autres vices, la clandestinité, la violence, sont, au contraire, relatifs. La Possession doit en être exempte vis-à-vis de l'adversaire seulement; le Possesseur violent ou clandestin a une Possession juridique utile contre tout autre que celui dont il a usurpé la chose. Ces vices peuvent se purger par leur cessation

(1) Troplong, 369-370, semble dire que le vice de précarité, absolu en matière de prescription, n'est que relatif en matière d'action Possessoire. Cette distinction est justement condamnée par Aubry et Rau, § 180, note 8.

seule. (Nous aurons, du reste, à revenir plus bas sur ces principes).

La distinction que nous venons d'établir est unanimement admise. Zachariæ seul prétend (§ 188) qu'on doit exiger sans distinction l'accomplissement de toutes les conditions de la manière la plus absolue. Mais Pothier est décisif sur ce point; il nous déclare que si l'on n'a retranché des coutumes la mention « ab adversario », c'est qu'elle n'exprimait que ce qui était de droit commun. (Poss., n° 96; Cout. d'Orléans, n° 50 et note 3, sur l'art. 486 de la Nouvelle Coutume; Procéd., 2e part., ch. 3, art. 1er, § 3. V. aussi Aubry et Rau, § 180, texte et note 22, note 27). La notion du Précaire romain ayant d'ailleurs disparu, ou plutôt ce qu'on nomme Précaire en Droit Français, étant absolument différent et précisément exclusif de toute Possession, l'exception relative de Possession vicieuse n'existe qu'au cas de violence ou de clandestinité (1).

En dehors des termes de l'art. 2229 et 22 Pr., on ne saurait rien demander de plus à la Possession. Aussi tout le monde s'accorde à reconnaître que la *bonne foi* n'est pas exigée (2) et qu'on ne pourrait être autorisé à prouver la mauvaise foi (Belime, n° 88; Bourbeau, n° 312; Pardessus, Servitude, 2, 294; Wodon, n° 6; Carou, n° 662.) Cet élément n'est requis que pour faire acquérir la prescription décennale (art. 2265 et suiv.).

La Possession qui remplit les conditions de l'art. 2229 n'est pas complète. Il faut en combiner les exigences avec celle de l'annalité dont parle l'art. 23, Pr. Il y a bien une Possession qui commence au moment de l'appréhension accompagnée de la volonté d'avoir pour

(1) Il importe aussi de remarquer qu'il ne faut pas confondre le Possesseur injuste avec le détenteur. Le premier possède vis-à-vis de tout le monde, sauf celui sur qui il a usurpé; le détenteur ne possède vis-à-vis de personne, puisqu'il n'a pas la volonté de posséder.

(2) Mais il ne faut pas confondre la Possession de mauvaise foi et la Possession délictueuse qui, elle, au contraire, est sans valeur juridique. Voir à ce sujet Troplong, 269, 404, 406, 548; — Aubry et Rau, § 185, texte et note 22; — Appleton, § 252; — Wodon, n° 34. — Du reste la question de Possession délictueuse ne se pose que pour les droits usage, les questions de délivrance dans les bois de l'État et des communes. C'est à cette occasion seulement que nous en parlerons en détail.

soi, mais elle n'est complète ; elle ne produit d'effets juridiques que par l'échéance du délai d'un an. Et pendant tout ce temps, le phénomène juridique qui devait constituer la Possession a du satisfaire aux exigences de l'art. 2229. Et régulièrement on ne devrait donner à la Possession incomplète que le nom de détention. Le terme de détention entendu rigoureusement comprend à la fois cette Possession sans annalité et la Possession vicieuse et la Possession pour autrui à qui on le réserve d'ordinaire.

197. — Nous n'entrerons pas dans les détails à propos de l'acquisition de la Possession. Les règles sont en général les mêmes qu'en Droit romain. Il faut la volonté d'avoir à titre de maître, il faut une appréhension ou préhension selon l'expression de Pothier. L'occupation comme forme unilatérale, comme forme synallagmatique, la tradition ou la délivrance font acquérir l'élément matériel (« corpus »). La tradition de brève main, l'appréhension par autrui, le Constitut Possessoire sont admis (cpr. ch. I[e], § 4).

— Une difficulté spéciale s'est élevée toutefois. Dans notre droit tout acte translatif de propriété la transfère indépendamment de la tradition. Mais que devient la Possession ? D'après MM. Aubry et Rau, § 179, p. 82 : « On doit attacher aux actes de cette nature un effet analogue à celui du Constitut Possessoire proprement dit, en ce sens que l'ancien propriétaire, quoique n'ayant point encore livré la chose par lui aliénée, cesse par le fait même de l'aliénation de la posséder pour son propre compte, et ne la détient plus que pour le compte du nouveau propriétaire. Arg. art. 1136 à 1138 et 1583), Troplong, I, 251.

Dans la doctrine contraire, on oppose que l'art. 1604 démontre que la vente n'a pas pour effet de transférer la Possession, puisqu'une des obligations du vendeur c'est la délivrance, c'est-à-dire le transport de la chose en la Possession de l'acheteur. Appleton, § 299 et suiv.; Wodon, 195. Mais nous nous rangeons à l'opinion d'Aubry et Rau. Il ne s'agit pas du tout d'une Possession transmise « solo consensu » et l'art. 1604 ne vise

que l'obligation matérielle de délivrer. Il ne tranche pas du tout la question (1).

L'animus, c'est-à-dire l'intention de posséder, doit toujours être personnel. S'il y a eu mandat, la Possession est acquise à l'instant où le mandataire appréhende la chose. Aubry et Rau (§ 179, texte et note 10, 11); Wodon, 255. S'il n'y a pas mandat mais gestion d'affaires, la Possession n'est acquise que du moment de la ratification. En ce sens, Aubry et Rau, § 179, note 12; Pothier, 53; Molitor, 42. Elle est acquise avec effet rétroactif, au contraire, selon Bélime (n° 92), et Troplong, 261.

Nous croyons devoir nous ranger à l'opinion de Pothier qui marque judicieusement la différence des hypothèses entre le mandat et la gestion d'affaires. La procuration suppose la volonté antérieure et persistante; dans le cas de gestion d'affaires on ne peut dire qu'il y ait eu volonté préexistante, le fait d'appréhension du « negotiorum gestor » est donc resté sans soutien jusqu'à la ratification. Or, pour constituer la Possession, il faut la coexistence de l'appréhension et de l'intention de posséder.

— Qui peut posséder ? (cpr., n° 29). Nous renvoyons nos explications sur ce point au chapitre : Quelles personnes ont l'action possessoire?

Nous remarquerons seulement qu'en ce qui concerne la capacité on suit les règles du Droit Romain. Il suffit que l'intention requise soit manifestée pour les incapables par leurs tuteurs ou curateurs. (Aubry et Rau, § 179, note 13. Appleton, § 259. Troplong, 255 et suiv. Wodon, 254, 310.

Pour les personnes morales, le Droit Romain n'avait pas admis sans difficulté la Possession (« De adquir. vel amitt. Poss. », 41, 2 ; L. 1, § 22). Il permettait néanmoins aux municipes de posséder par le moyen d'un esclave ou d'un citoyen (L. 2, « eod tit. »). On doit dire aujourd'hui que les personnes morales possèdent lors-

(1) Cette question reparaîtra plus loin quand nous nous demanderons si le vendeur resté en Possession après la vente est un détenteur précaire.

que leurs représentants légaux manifestent l'intention requise (Aubry et Rau, loc. cit., note 14).

— Objet de la Possession (Cpr. nos 37 et suiv.).— Nous verrons, en traitant le point de savoir quels biens sont susceptibles d'être défendus par l'action possessoire, les biens qui peuvent faire l'objet de la Possession ; nous verrons notamment que les meubles ne le peuvent pas et que le domaine de la Possession ne correspond pas absolument au domaine de l'action possessoire, qu'il est beaucoup plus étendu.

198. — Nous donnons, ici seulement quelques indications sur la règle, la Possession du principal entraîne la Possession des accessoires : « Pro parte usus videtur usus in totum. » Il n'est pas nécessaire, par exemple, de prouver des actes de Possession pour chaque sillon. (V. L. 3, § 1. « De adquir. vel amitt. Posses. », 41, 2). Ce n'est là, d'ailleurs, qu'une présomption qui tombe devant la preuve contraire (V. Troplong, 274, 276 ; Wodon, 203 et suiv.). En vertu de ce principe, nous dirons qu'on peut posséder la totalité d'une ferme, par exemple, à titre de possession unique, suivant les circonstances (1) (c'est une appréciation de fait qui appartient aux magistrats) ; mais si on a formé un domaine par la réunion de diverses parcelles, il y a autant de possessions distinctes que de parties concourant à former le tout.

La possesion du sol comporte la possession des constructions qui y sont édifiées, des plantations qui y sont excrues. Ce principe n'empêche pas qu'on ne puisse posséder divisément et isolément l'édifice construit sur le sol d'autrui, l'arbre planté sur le terrain d'une autre personne (Aubry et Rau, § 185, notes 13, 14 ; Pardessus, Servit., n° 49 ; Wodon, 208 ; V. cep. Carou, 279-281 et Dalloz, « Act. Poss. », 226 et suiv.) ; mais quand on a prouvé la possesion du sol, on n'a pas besoin de produire des faits de possession spéciaux à la construction ou à l'arbre.

(1) D'ailleurs, une Possession abusivement étendue, est bonne pour la partie non contestée.

Il en est de même dans les espèces prévues par les art. 556 et suiv. (hypothèse de l'alluvion, île formée dans le lit de la rivière, changement de lit du cours d'eau). (Demolombe, 10, 88; Daviel, Cours d'Eau, 140, « in fine » Laurent, 295, tome 6). Mais la présomption n'étant qu'une présomption de fait, l'adversaire pourrait opposer par exemple que la possession n'est pas annale.

Nous verrons plus loin la difficulté à propos du canal d'amenée et du canal de fuite des usines et moulins et des francs bords de ces canaux. Pour les répares des haies et des fossés, une jurisprudence certaine, comme nous le constaterons, présume qu'on les possède en possédant la chose principale même.

(En ce qui concerne les possessions indivises, voir notre thèse romaine (n° 31), dont les solutions doivent s'appliquer en Droit français.)

— Nous ne dirons rien de particulier sur la conservation, la durée et la perte de la Possession. Comme en Droit Romain, à l'époque d'Ulpien (voir n° 22), la Possession se conserve « animo solo », elle se perd par la cessation de l' « animus » ou par l'interposition d'un obstacle matériel rendant inefficace la persistance de la volonté. Elle se perd aussi par le fait d'un tiers, mais il faut que l'occupation de ce tiers dure plus d'un an (art. 2243. V. Aubry et Rau, § 177, texte et notes 19, 20, 21).

199. — Mais une théorie toute nouvelle, à propos des actions Possessoires et que le Droit Romain n'avait connue qu'à propos de l' « Utrubi » dont l'emploi paraît avoir été assez limité et qui a disparu de bonne heure, c'est l'Accession des Possessions. Le principe en est déposé dans l'art. 2235. « On peut joindre à sa Possession celle de son auteur ». Pour former sa Possession annale, on peut donc compléter sa propre Possession par celle de cet auteur. Lorsqu'on tient la Possession à titre d'héritier ou de successeur universel en vertu des règles de la saisine (724), on ne forme, pour ainsi dire, qu'une seule personne avec le défunt et *sans prise de*

Possession spéciale (1), on sera admis à exercer les actions Possessoires. — Les ayants-cause, à titre particulier, au contraire, soit à titre de donataires, légataires, ou en vertu de la délivrance résultant d'un contrat (2), doivent avoir une Possession propre, si courte soit-elle. (Voir, sur ce point, Aubry et Rau, § 181). Il ne doit pas y avoir eu interruption entre les deux Possessions, interposition d'un tiers-Possesseur, pour que l'accession soit possible (3). Il n'y a pas d'accession quand on rentre personnellement en Possession après avoir possédé par autrui. En raison de ce principe, le nu-propriétaire n'a pas besoin d'une Possession personnelle d'un an pour intenter l'action Possessoire. Il peut invoquer la Possession de l'usufruitier. (Voir Aubry et Rau, § 181, texte et note 9; Bélime, n° 201; Demolombe, X, 635).

Enfin, pour qu'il y ait accession, les deux Possessions doivent être respectivement exemptes de vices. Quant à la transmission des vices, nous en parlerons surtout à propos de la Précarité.

Telles étaient les indications nécessaires à fournir avant d'entrer dans le cœur même de notre sujet; elles se complèteront à mesure, suivant les nécessités des questions successivement traitées.

A. — Possession continue

200. — Abordons maintenant l'interprétation détail-

(1) Cpr. en sens contraire en Droit Romain., L. 23 « De adquir vel amitt. Poss. », 41, 2.

(2) MM. Aubry et Rau décident « qu'on ne peut aller jusqu'à accorder le bénéfice de l'Accession à celui qui, après avoir perdu la Possession par une interruption de plus d'une année, a obtenu au pétitoire un jugement qui condamne au délaissement le Possesseur interimaire ». (Sic. Merlin Rep. V° Prescription, sect. 1, § 5, art. 3, n° 8. — Contra : Marcadé sur 2235, n° 3; Bélime, n°s 202-203). Nous nous rangeons à cette dernière opinion. Les jugements sont des quasi-contrats : « Judiciis quasi contrahimus ». La personne condamnée au délaissement n'est pas censée avoir occupé, sans doute, pour celui qui obtient gain de cause. Mais on doit, d'après la remarque de Bélime, la considérer comme un ayant-cause et assimiler l'espèce proposée à celle de la résolution d'un contrat.

(3) Mais si la Possession est restée simplement vide, il n'y a pas obstacle à l'accession. (V. Aubry et Rau, § 181, note 10).

lée de l'art. 2229. Le premier caractère exigé dans la Possession, c'est la continuité. Pas de règle semblable en Droit Romain où la Possession pouvait ne dater que d'un instant. Dans notre Droit, au contraire, la possession ne saurait être abdiquée et reprise ; elle doit être exercée régulièrement et ne peut se composer d'une série de petites Possessions séparées et sans lien. Cette continuité se manifeste en fait par des actes *aussi souvent répétés que le comporte la nature de la chose possédée.*

Ainsi, le fait de la récolte constitue une Possession continue, n'eût-elle lieu qu'une fois par an, si la Possession n'est pas troublée à l'époque où cette récolte a lieu d'ordinaire. Pour les Possessions des coupes dans un bois, d'une haie, d'un étang, on peut concevoir des intervalles bien plus grands. Curasson, n° 569, cite un ancien arrêt qui a posé ce principe d'une façon remarquable. « La Possession s'exerce suivant la nature de l'objet auquel elle s'applique : la Possession qui ne peut se manifester qu'à de certains intervalles, par des faits distincts et plus ou moins séparés, n'en est pas moins continue par cela seul qu'elle a été exercée dans toutes les occasions et à tous les moments où elle devait l'être et qu'elle n'a pas été interrompue, soit par la cessation absolue des actes, soit par des actes contraires ou émanés de tiers. » (Cass. 5 juin 1839 ; D. 39-1-1237. V. aussi 4 janvier 75, S. 77-1-149 ; 9 juill. 77, S. 78-1-120 ; 14 mars 81 ; D. 82-1-86).

201. — On ne doit donc pas confondre la Possession *continue* avec la Possession *continuelle.* Il n'est pas nécessaire d'agir à chaque instant sur l'objet possédé. Il suffit de faits qui démontrent une intention persévérante. Et dans l'intervalle de ces faits la volonté de posséder soutient le droit, l'empêche de subir une déchéance (V. la présomption déposée dans l'art. 2234 (1). Ces faits doivent d'ailleurs être exclusifs.

Du reste les juges du fait apprécient souverainement la question de continuité. Et la Cour de Cassassion a

(1) Probatis extremis, præsumitur medium.

décidé que le propriétaire empêché par force majeure de jouir pendant l'année qui a précédé le trouble avait néanmoins conservé une Possession continue (Cass. 19 juil. 75. D, 77. 1. 111. Il s'agissait d'empêchement causé par l'occupation Allemande. (V. Cass. 14 mars 81 cité plus haut. — 19 mars 84, D. 85. 1. 212. Cpr. A. et Rau § 179, p. 85. Texte et note 22).

202. — Mais celui-là perd-il la Possession qui possédant en vertu d'un titre ne se livre à aucun acte de Possession, laisse ses terres en friche, sa maison inhabitée et abandonnée? Curasson estime que non « Un propriétaire peu soucieux de ses intérêts ne peut, dit-il, quelle que soit sa négligence, être censé avoir voulu abdiquer le Droit sur sa propre chose. Dans ce cas le juge de paix doit consulter le titre ou le dernier acte de la Possession, le dernier fait de culture si éloigné qu'il puisse être et la Possession ainsi caractérisée sera censée avoir continué par la seule intention jusqu'au jour du trouble dont il se plaint: avant ce trouble il n'avait aucune plainte à former et n'en a pas moins joui de sa propriété qui consiste dans le droit d'user et d'abuser. » — Cette doctrine repose évidemment sur une interprétation inexacte de la règle que la Possession des immeubles se conserve « animo solo ». Comment se manifeste la volonté persistante ? par la nature des actes de Possession (1) que le juge interprète. (V. Appleton, § 229). Or il est évident que, dans l'espèce proposée par Curasson surtout, contre un tiers prouvant Possession annale et matérielle, l'absence d'acte de Possession fera présumer l'abandon de la volonté de posséder. C'est ce qu'a justement relevé M. Bourbeau n° 325. La maxime : « Olim Possessor, hodie Possessor præsumitur » (les anciens exploits valent mieux que les nouveaux) ne doit pas être entendue dans notre droit moderne avec la même portée que sous l'ancien droit (Cpr. Appleton § 239. — A. et Rau § 179 et 5217, texte et notes 14, 15. — Belime, 102, 103. — Troplong 238. —

(1) Cass. 13 mars 67. D. 67, 1, 399.

(V. Aussi Cass. 12. Déc. 68 Dall. 69. 1. 303. — Cpr. 12 Févr. 89, D. 89, 1, 229).

203. — Il suit des principes posés à propos de la continuité qu'on peut très bien comme nous le verrons plus tard posséder des servitudes. Pour les servitudes continues il suffit d'avoir depuis plus d'un an pratiqué l'entreprise dont la durée pendant trente ans fait prescrire la servitude (Curasson n° 572). Pour les servitudes discontinues on admet généralement que ce qui les rend imprescriptibles c'est bien plus un vice de précarité, de tolérance présumé que la discontinuité. En analysant bien les choses on voit qu'elles pourraient fonder une Possession continue, par exemple un passage pourrait être exercé de façon à satisfaires aux règles que nous avons posées (1). Ce sont là d'ailleurs des questions que nous développerons soigneusement par la suite.

204. — Que la discontinuité soit un vice absolu, c'est ce qu'il pourrait paraître inutile de proclamer. Il est évident que la discontinuité entraîne l'inexistence car elle suppose l'abdication de l'intention de posséder. On a pourtant soutenu le contraire (V. Bourcart page 212, n° 94. « La discontinuité tout en affectant la Possession d'un vice, la laisse subsister, l'interruption la supprime totalement. La discontinuité n'est qu'une maladie de la Possession; l'interruption en est la mort. » — Laurent 32, n° 372). Mais cette opinion est évidemment erronnée, la discontinuité supprime la Possession et c'est une Possession nouvelle seule qui peut recommencer avec une nouvelle appréhension.

B. — Possession non-interrompue

205. — Certains auteurs confondent l'interruption et la discontinuité (Marcadé sur 2229. Aubry et Rau, § 217, n° 3. Crémieu, n° 300. Carou, n° 674). Il y a là

(1) Appleton § 210 « La continuité n'est pas une qualité fixe, invariable, elle est susceptible de bien des degrés.— Demolombe, Servit. 2,786 Bourbeau, n° 324.

une légère inexactitude « La Possession interrompue est discontinue, mais toute Possession discontinue n'est pas interrompue. Evidemment, le résultat est le même, il y a anéantissement de la Possession mais dans le premier cas par le fait ou plutôt la négligence du possédant, dans le second par le fait d'un tiers. » Appleton, § 232. Wodon, n° 19.

206. — L'INTERRUPTION EST *dite naturelle ou civile.* — L'interruption naturelle est celle qui résulte d'une privation matérielle de la chose possédée (art. 2243) soit du fait de l'ancien propriétaire, soit du fait d'un tiers.

Mais il faut distinguer si le possesseur dépossédé avait ou non une Possession annale acquise avant le fait d'interruption naturelle. S'il ne l'avait pas, la dépossession, si courte soit-elle, rend absolument inutile son commencement de Possession. S'il l'avait complète au contraire, la dépossession d'un instant ne suffit pas à l'anéantir. L'art. 2243 doit être complété par les règles de la Possession annale. (Aubry et Rau, § 179, note 19, 20, 21. Belime, 95, 96. Rodière I, p. 74. Bourbeau, n° 238.) Pendant un an, grâce à l'action possessoire, on doit être considéré comme n'ayant pas définitivement perdu la Possession « qui actionem habet ad rem recuperaudam rem ipsam habere videtur ». L. 15, R. J. Adde, L. 17, pr. « De adquir. vel amitt. poss. », 41, 2. — Contra Appleton, § 233. Bourcart, n° 94, 2°.

Appleton invoque l'exposé des Motifs fait par Bigot-Préameneu au Corps législatif (1) pour soutenir que l'art. 2243 exige dans tous les cas une interruption annale. Est-il nécessaire d'ailleurs, dit-il, de supposer que le possesseur ait recouvré l'immeuble par une action possessoire? En aucune façon, il peut l'avoir repris, se l'être fait rendre autrement; l'usurpateur a peut-être abandonné la chose. — Mais c'est violer

(1) On présume que c'est une simple erreur de la part de celui qui s'est emparé du fonds ; on présume aussi que celui qui était en possession s'en est ressaisi ou a réclamé aussitôt qu'il a eu connaissance de l'occupation et qu'il n'a aucunement entendu la souffrir. Aussi nul ne peut être dépocullé du titre de possesseur, que par la possession d'autres personnes pendant un an.

l'art. 23 Pr.. Sans Possession annale pas d'action. Et d'autre part, au cas de reprise amiable qu'on ferait après une interruption, l' « animus » même prétendu persistant, la volonté tenace ne suffiraient pas pour empêcher la perte de la Possession ; quand on a perdu la détention, l'animus tout seul est inefficace. C'est l'application des principes généraux. L'art. 2243 ne vise, en effet, que l'interruption annale de la Possession qualifiée, c'est-à-dire, dans notre espèce, de la Possession annale.

L'interruption naturelle a lieu même lorsque l'ancien possesseur ignore l'usurpation et qu'il manifeste l'intention de maintenir son droit par exemple par le paiement des impôts (Aubry et Rau, loc. supr. cit., note 21 ; Cass. 20 mai 51 ; Sir. 51, 1, 812).

Mais il faut se garder de confondre l'interruption avec le simple trouble. Si, malgré le trouble, le possesseur avait continué à posséder, eût-il même été dépossédé plusieurs mois, s'il avait, selon la remarque faite plus haut, une possession annale acquise, il pourra agir par la complainte sans qu'on puisse lui opposer l'interruption. (V. Curasson, 573).

Il n'y a pas d'interruption naturelle d'ailleurs par un accident de la nature, par exemple une inondation, eût-elle même duré plus d'une année, (Troplong, 345 ; Belime, 104 ; Appleton. 240 et 282), il faut nécessairement le fait d'un tiers pour la constituer.

207. — L'interruption civile se distingue nettement de l'interruption naturelle. L'interruption matérielle vient du fait d'un tiers, l'interruption civile peut très bien venir du possesseur lui-même, par exemple s'il passe reconnaissance du droit d'autrui. L'interruption matérielle anéantit la possession sous certaines conditions, l'interruption civile la frappe plutôt d'un caractère de précarité, d'équivoque.

On est loin d'être d'accord sur les faits qui doivent entraîner interruption civile. Les causes d'interruption civile de la prescription doivent-elles d'ailleurs toutes constituer interruption civile de la Possession « ad interdicta »? Nous ne le pensons pas. Certaines de ces inter-

ruptions vicient la Possession utile pour prescrire en ce qu'elles rendent toute bonne foi impossible. Au contraire dans notre matière la bonne foi n'est pas exigée. Comment dire qu'un commandement, une saisie (2244) pourront interrompre la Possession, et quant à la citation en conciliation elle ne se conçoit pas au Possessoire.

En ce qui concerne la citation en justice, il faut restreindre l'interruption au cas où il s'agit d'une action possessoire et non d'une action pétitoire. Comme nous le verrons plus bas, une citation dans ce dernier cas ne constitue même pas un trouble. Mais la citation aux fins possessoires devant un juge même incompétent (1) (2246), la comparution volontaire devant le juge de paix interrompront la prescription. Il y a lieu, en sens inverse, à appliquer l'article 2247 qui vise la nullité de l'exploit et la péremption de l'instance.

L'interruption la plus radicale est celle de l'article 2248, celle qui résulte de la reconnaissance par le possesseur du droit de l'adversaire. Ici, la possession, fût-elle annale, se trouve anéantie et devient détention précaire (2).

Enfin, il ne faut pas confondre l'interruption civile et le trouble civil. Une sommation, par exemple, constitue un trouble civil, non une interruption. D'autre part, comme nous le verrons plus bas, des troubles réitérés n'ont pas pour effet de rendre la Possession interrompue, ni même non paisible au sens légal.

C. — POSSESSION PAISIBLE

208. — On appelle possession non paisible la possession entachée de violence. Il est de règle, en effet, que la possession ne doit pas être acquise ni conservée par violence (V. Aubry et Rau, § 180, n° 3). La violence peut être matérielle ou morale (3). On peut appliquer

(1) Contra Belime, n° 63.

(2) D'ailleurs, la reconnaissance n'a pas besoin d'être acceptée pour interrompre la possession. Elle comporte, en effet, abdication de la volonté de posséder. (V. cass., 27 janv. 68. D. 68, 1,200).

(3) A. et Rau, loc. cit.

par analogie la théorie de l'article 1112 en matière de contrats (1). — Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne et sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. — C'est donc une question de fait laissée à l'appréciation du juge (Curasson, § 576; Troplong, 416; Bélime, 32; Appleton, § 244).

Elle ne doit pas nécessairement émaner de celui qui prétend posséder; mais il faut qu'il ait été complice de la violence (2), sinon, il s'empare simplement d'une possession *vacua*, car il est certain que la possession peut être perdue au cas de violence par celui qui en est victime, soit matériellement, soit même en raison du consentement formel arraché par la crainte.

Il n'y a pas violence, comme en Droit romain, lorsqu'on s'est emparé de l'héritage pendant l'absence du possesseur et qu'on se contente de le repousser par la violence à son retour. La règle de la loi 6, § 1, « de adquir. vel amitt. poss. » 41, 2, qu'on est censé posséder par violence quand on ne laisse pas rentrer le propriétaire lorsqu'il revient, ne pouvait subsister en présence de la possession annale (V. Appleton, § 242). Dans ce cas, la possession n'est pas fondée sur un acte de violence dans les termes de l'article 2233.

On a controversé le point de savoir si la possession est violente quand la violence a porté sur le contrat translatif de propriété. La grande majorité des auteurs soutient que si la tradition s'est faite sans violence, la possession est paisible (Pothier, Posses., n° 25; Troplong, 417; Bélime, 33; Appleton, § 243; Wodon, n° 12). Mais encore devrait-on s'inquiéter si la pression

(1) L'emploi régulier des voies de droit ne constitue pas un acte de violence. Demol., 24 — 147 et suiv. — Ni la crainte révérentielle vis-à-vis des ascendants. — Voir, au surplus, ce que nous avons dit de la *vis* en Droit romain.

(2) V. Pothier, poss., 21-23. D'ailleurs la simple ratification de l'acte de violence suffit à constituer en complicité. L. 152, § 2, R. J.

morale n'a pas persisté jusqu'à la tradition. Pour nous, qui avons admis, avec MM. Aubry et Rau, que par ces actes translatifs de propriété, la possession était transmise « solo consensu », comme s'il y avait eu constitut possessoire, nous estimons que la possession est viciée. Il en serait autrement si l'on suppose un contrat innommé n'emportant pas translation de propriété sans tradition ou délivrance, et dans cette hypothèse, mais dans cette hypothèse seulement, nous pensons que l'opinion des auteurs cités plus haut peut être acceptée.

209. — Jusqu'ici, nous avons en quelque sorte considéré la possession paisible *subjectivement*. Faut-il aller plus loin? Sans doute le mot paisible dans son sens ordinaire, signifie: qui n'est pas troublé. Mais faut-il dire que la possession doit être paisible dans sa durée et objectivement? C'est l'opinion de M. Troplong, n° 350, suivie par Appleton, § 243, Boitard, 1, n° 60; Bourbeau, 316, 317; Leroux de Bretagne, Prescription, I, n° 294. Voir aussi arrêt de cass. 21 mars 1838, D., 38, 1,182). D'après lui, non-seulement la Possession doit être exempte de vices dans son origine, mais encore n'avoir pas été troublée par des contestations *éclatantes et géminées*. On s'appuie principalement dans cette doctrine sur les termes « franchement et sans inquiétation » dont se servaient les articles 113 et 118 Cout. Paris. Cela, dit-on, résulte aussi du rapprochement des art. 2229 et 2233, dont le dernier serait sans objet s'il ne visait une condition différente. Cette opinion aurait cette grave conséquence de faire du vice qui nous occupe un vice absolu qui pourrait être opposé par tout le monde. Elle serait, de plus, extrêmement arbitraire, car puisque des faits isolés (deux ou trois agressions, dit Appleton, loc. cit.) ne constitueraient pas le vice en question, on peut se demander à quel chiffre exactement on s'arrêterait. Il faudrait donc des motifs bien graves pour la faire admettre. Mais, hâtons-nous de le dire, elle ne repose sur aucune base sérieuse. Elle est contraire à la tradition romaine. Celui-ci ne possède pas par violence qui retient sa possession par force, dit la loi 1, § 8, de Vi 43, 16, sans distinguer ar-

bitrairement le nombre des agressions. De plus, les termes de la Coutume de Paris sont interprétés par Brodeau et par Pothier dans le sens d'une interruption. Ils ne se rapportent en rien à notre question. Il résulte, du reste, du rapprochement de l'art. 2229 civ., de l'art. 23 Pr. et des Travaux préparatoires, qu'on n'a pas entendu changer les règles déposées dans l'article 1^er^, titre 17 de l'Ordonnance de 1667, qui parle seulement de possession sans violence. Il est d'évidence aussi que l'article 2229 pose un principe dont les articles qui suivent ne sont que le développement. Toutes ces raisons réunies doivent faire rejeter l'opinion dont il s'agit (1). (V. A. et Rau, § 180, note 23; — Bélime, n° 31 et suiv. Curasson, n° 575. — Il est vrai que la jurisprudence paraît assez ambiguë. Certains arrêts ont une tendance à exiger que les faits d'agression soient exceptionnels et isolés. (V. Cass., 24 mars 68, D. 69, 1, 83). V. cependant dans le sens que nous proposons : Cass. 26 août 84. D. 85. 1. 58.

Il faut donc reconnaître que le possesseur troublé par un acte de violence a le droit de repousser la force par la force, non pas une fois seulement, ce sur quoi tout le monde est d'accord (V. Aubry et Rau, note 26, loc. cit. et autorités citées) mais autant de fois qu'il sera nécessaire, sans que sa possession cesse d'être paisible au sens légal du mot (V. Pothier, n° 28 et aut. cités plus haut). Les coupables agressions des tiers, si multipliées qu'elles soient, ne peuvent vicier une possession légitime dans son principe. Il faut une dépossession complète dans les termes de l'art. 2243 et selon les distinctions que nous avons proposées.

210. — Il résulte des solutions qui précèdent que le vice de violence est un vice relatif (A. Rau, note 27, loc. cit.) d'où il suit : 1° qu'il n'est pas perpétuel. Lorsque la violence a cessé (et le point de savoir com-

(1) Pothier, Poss., n° 21. Il n'y a de possession violente que celle qui a été acquise par violence. Si j'ai acquis sans violence la possession d'une chose, j'ai employé la force contre celui qui est venu m'y troubler, ma possession n'est pas pour cela une possession violente L. 1, § 28 (citée plus haut).

bien elle a duré est une question de fait laissée à l'appréciation du juge), l'usurpateur commence une Possession utile (art. 2233, alin. 2) sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait interversion dans la cause de la possession, ou que l'objet retourne aux mains du dépossédé (A. Rau, loc. cit.. note 25,25; Bélime, 37; Crémieu, 274; Bourbeau, 315; Curasson, 576; Appleton, 3,425). — C'est l'abrogation de la théorie romaine formulée par Ulpien : « Non ratio obtinendæ possessionis, sed origa nanciscendæ exquirenda est. » L. 6 pr., 41, 2.

2° Que, même la violence durant encore, l'usurpateur aura la réintégrande et même la complainte contre tout autre que celui qu'il a dépossédé (1);

3° Que le vice, une fois purgé par l'échéance du délai d'un an après la cessation de la violence, il a les actions Possessoires contre celui même qu'il a dépossédé.

D. — Possession publique

211. — La Possession cesse d'être publique et devient clandestine lorsque les actes qui sont son origine et sa continuation n'étaient pas de nature à être connus du public et spécialement de celui contre qui l'on veut s'en prévaloir. (V. Aubry et Rau, § 180, n° 2; Appleton, § 247; Curasson, n° 577; Wodon, n° 14). Posséder publiquement, disaient les Coutumes d'Orléans et de Melun, « c'est quand aucun a joui au vu et au sçu de tous ceux qui l'ont voulu voir et savoir ». — La Possession et la prescription ne sont considérables, disait Coquille (sur Cout. Nivernais, titre IV, art. 13), quand les actes ne sont ordinaires, continus et bien apparents et si la science de celui qui y a intérêt n'y est. »

Est publique la Possession qui a pu être vue par tout le monde, sans qu'il soit besoin prouver qu'elle a

(1) Par suite, vis-à-vis de ces tiers, il a une Possession utile à partir du jour même de sa Possession. C'est que l'exception résultant de la violence est personnelle au dépossédé. C'est encore une conséquence de ce que le vice n'est que relatif.

été vue par personne et spécialement par celui à qui on l'oppose. Celui-ci ne peut non plus s'appointer à prouver qu'il ne l'a pas connue. La publicité doit donc être considérée en soi, et d'après la nature des faits qui ont été passés (1). On peut posséder une cave, un souterrain, si la Possession se révèle par une ouverture pratiquée à la surface même du sol ou par un soupirail (Demolombe, 9, n° 655). Constitueraient, au contraire,u ne Possession clandestine, les travaux souterrains qui ne se manifesteraient par aucun signe extérieur. « Fouillement de terre, d'après l'art. 253 de la Coutume d'Orléans, grattements, etc., n'attribue, par quelque laps de temps que ce soit, droit de Possession à celui qui aura fait ladite entreprise. — La plantation faite derrière un mur de clôture plein ne peut rien faire acquérir contre la distance légale, tant qu'elle ne dépasse pas la crête de ce mur. De même, les travaux d'appui de constructions ou de poutres sur un mur sans ouvertures, construit à limite d'héritage, ne donneraient que la Possession clandestine, si d'ailleurs les travaux ne pouvaient être aperçus, soit de la voie publique, soit d'autres propriétés appartenant à des tiers. (Cpr Troplong, n° 355; Curasson, 577).

D'autre part, le vice de clandestinité est un vice relatif et ne peut être opposé valablement par le défendeur si l'on prouve qu'il a connu les faits, quand même, par leur nature, ils paraîtraient clandestins. (Leligois, Dict. Act. Poss. V° Poss. clandestine n° 4 ; Troplong, n° 370; Wodon, n°s 14, 16; Aubry et Rau, § 180, note 22, et les autor. citées).

Supposons maintenant que les actes de Possession clandestins ne pouvaient être vus que par le voisin à qui on les oppose, mais qu'on a profité de son absence ; par exemple, il s'agit d'entreprises sur le mur d'une habitation fermée. Il n'importe, la Possession n'est pas

(1) Et sur ce point, le juge de paix a des pouvoirs très larges d'appréciation, pourvu qu'il ne méconnaisse pas les caractères légaux de la Possession. (V. Cass., 22 mai 76 ; D., 77-1-64).

clandestine à égard de l'absent (1). Appleton, § 247 « in fine », et Wodon, nos 14, 21, distinguent à bon droit l'hypothèse où l'on a usé d'artifices et de précautions extraordinaires pour dissimuler la Possession en profitant de l'absence du voisin. Ils tiennent dans ce cas qu'il y a clandestinité. (Cpr Aubry et Rau, loc. cit., note 21, et ce que nous disons plus bas à propos des précautions extraordinaires prises pour cacher la continuation de la jouissance).

212. — On a beaucoup hésité autrefois (2) sur le point de savoir si le vice de clandestinité pouvait être purgé et comment il pouvait être purgé. (Cpr. Troplong, 356-357; Bélime, n° 42). Etant relatif, comme nous l'avons constaté plus haut, il va sans difficulté qu'il peut l'être. Il disparaît par sa seule cessation. Du jour où la Possession, clandestine dans son origine, devient publique, elle est utile pour prescrire. (Arg. de l'art. 2233 (3) Aubry et Rau, loc. cit., note 20; Troplong, loc. cit.; Appleton, § 249; Curasson, 2, p. 121-122.)

A l'inverse, la Possession publique à son origine peut devenir clandestine et sur ce point nous adoptons pleinement la distinction de MM. A. et Rau, loc. cit., texte n° 2, p. 96. Si l'on a creusé publiquement une cave, puisqu'on la voute sans laisser d'ouverture, si l'on a posé des tuyaux de conduite sans se cacher ni chercher à se cacher, ce n'est pas parce qu'il ne reste aucun signe apparent des travaux qu'on peut dire qu'il y a Possession clandestine. Belime, il est vrai, distingue le cas où l'adversaire a connu la publicité originaire de la Possession et celui où il était absent et n'a pu la connaître, mais nous avons constaté plus haut que l'absence toute seule ne suffit pas à entraîner

(1) Selon la remarque de MM. Aubry et Rau, § 180, note 19, il n'y a pas à examiner, comme en Droit Romain, loi 6, pr. L. 40, § 2 « De adquir vel amitt. poss », 41, 2, si le Possesseur a cherché ou non à tenir sa Possession secrète.

(2) Voir Curasson, n° 578.

(3) Selon les observations fort exactes de MM. Aubry et Rau, les principes du Droit Romain sont abandonnés sur ce point.

clandestinité « jura vigilantibus succurunt ». L'absent doit s'imputer à lui-même sa négligence.

Il faut donc autre chose; par exemple après avoir ouvert les soupiraux à la cave qu'il a creusée, le possesseur les a bouchés ou a cherché à en faire disparaître les traces ou bien il a tenté par des précautions extraordinaires, de dissimuler et de dénaturer les actes de possession, par exemple masqué ces soupiraux par un dépôt de pierres que le voisin admettait par tolérance, etc. Dans ce cas, la possession se trouve viciée ; elle ne peut engendrer les actions possessoires (V. A. et R., loc, cit., note 21).

213. — Il nous reste à traiter une question éminemment pratique et sur laquelle les auteurs ne sont pas d'accord : la possession est-elle clandestine quand elle résulte d'anticipations graduelles commises en labourant? Tout le monde reconnaît que la question ne se pose pas pour une usurpation appréciable et surtout opérée en une fois ; mais pour les anticipations insensibles, celles qui se font « minutatim, gradatim. » Dans ce cas, d'après Pardessus, 126 ; Bourbeau, 319; Molitor, 103. — Arrêt Paris 28 févr., 21 ; Sir.; 22, 2, 216, il n'y a pas de possession utile (1). Mais, selon la remarque de Troplong, n° 353, « les cultivateurs ont ordinairement sur les limites des héritages des données positives.» On ne saurait aussi contester que le fait d'anticipation ait eu lieu au vu et au su de tout le monde et la vigilance jalouse des propriétaires ruraux ne permet pas de supposer une surprise. D'autre part les principes ne peuvent changer par le seul fait que l'empiètement est minime. Par suite les anticipations par le labourage pourront fonder une Possession non clandestine (Bélime, n° 41, Troplong, 352 et suiv., Appleton, § 248, Curasson, n° 577. Ce dernier auteur distingue entre la Possession utile pour la prescription et la Pos-

(1) MM. Aubry et Rau, § 217, note 12, estiment que les anticipations par labourage ou fauchaison donnent une possession équivoque insuffisamment caractérisée. (V. plus bas ce que nous disons de la possession équivoque.)

session annale. Les autres au contraire suivent la même règle pour les deux Possessions).

E. — Possession non-Equivoque

214. — Une Possession non-équivoque en prenant ce terme à la lettre, cela veut dire une Possession dont les caractères sont nettement marqués. Cela veut dire d'après Pardessus « qu'il ne doit pas exister de doute soit sur la nature, soit sur les effets de la Possession ».

Cette définition qui est en somme la meilleure qu'on puisse donner indique bien qu'il est difficile de trouver une Possession seulement équivoque. Aussi il existe parmi les auteurs de grandes divergences sur la portée spéciale de cette disposition. MM. Aubry et Rau, § 217, note 8, Troplong, 359, Wodon, 33, tendent à n'y voir en définitive qu'une redondance. M. Appleton lui donne au contraire une importance considérable. La condition de non-équivoque, dit-il, a une portée qu'on n'a pas mise assez en lumière. Supposons qu'il soit démontré que le possesseur a agi « animo domini ». Cela suffira-t-il ? Non. Il faudra encore que ses actes aient été assez caractérisés pour que le public n'ait pu concevoir aucun doute sur l'existence de cet « animus domini ». Point de Possession utile si le public n'a pu savoir avec certitude que c'était le droit de propriété qu'on prétendait exercer et non pas une simple servitude, § 250. Il y a au fond de cette théorie un aperçu très juste M. Appleton fait aussi une autre remarque judicieuse. « Le possesseur est censé jusqu'à preuve contraire avoir l' « animus domini » en vertu de l'art. 2230. Mais il suffira à son adversaire de jeter quelque incertitude dans l'esprit du Juge », c'est-à-dire que les actes de Possession doivent être évidents ; cela indiquerait une sévérité de preuve toute spéciale, une règle rigoureuse d'interprétation imposée au juge.

Ceci posé, si l'on peut dire qu'une possession non continue, une possession violente ou clandestine sont équivoques, il faut spécialement réserver ce terme : 1° Au cas de Possession non exclusive et limitative ;

2° Au cas de Possession du communiste ; 3° Au cas de Possession de familiarité.

La question d'équivoque se posera souvent aussi, à peu près cumulativement, avec la question de Précaire, sur le point de savoir s'il y a interversion de titre : « S'il est constaté que l'on soit entré en possession au nom d'autrui, déclare Dunod (Prescrip., 1re part., ch. IV), l'on sera présumé avoir continué à posséder de même, « nemo enim causam sibi possessionis mutat », à moins qu'il n'y ait eu une interversion, depuis laquelle on ait possédé pour soi-même, relativement à cette interversion ». (V. aussi art. 2231).

Parcourons quelques hypothèses qui nous permettront de bien dégager les éléments de l'équivoque.

215. — Il est évident que deux à la fois ne peuvent prétendre avoir la même possession ou la même quasi-possession sur une chose. Cependant, en fait, il pourra se rencontrer que deux personnes aient fait sur la même chose des actes de possesseur qui, considérés isolément pour chacune d'elles, suffiraient à fonder la possession. Par exemple on prouve des faits de dépôt sur un terrain sans culture, en lisière de deux héritages et ces faits sont enchevêtrés de telle manière qu'aucun des deux possesseurs des héritages n'a eu de jouissance exclusive pendant un an. Sans doute on peut dire que la possesion n'est pas suffisamment continue pour la pleine possession ; mais l'est-elle pour la co-propriété. Y a-t-il, d'une part ou de l'autre, faits de tolérance ? Toutes ces questions ne peuvent être résolues que suivant les espèces et notamment, dans notre hypothèse, l'appréciation des titres pourra être d'un grand poids ; mais l'exigence d'une possession non-équivoque permet souvent au juge, quand la possession se trouve incertaine par un mélange de tous les autres vices, de rejeter une complainte sans craindre de se tromper, s'il visait un vice au lieu d'un autre (1).

(1) Il importe d'ailleurs de remarquer que la décision des juges du fait n'est pas souveraine quand ils méconaissent les caractères légaux de la Possession. (V. 22 mars 76 ; Sir. 76, 1, 270, Cpr. cass. 10 mai 81 ; Sir. 83, 1, 396).

(Ces questions seront d'ailleurs plus amplement développées à propos de la Recréance).

MM. Aubry et Rau (§ 217, note 12), comme nous l'avons vu plus haut, considèrent comme équivoque l'anticipation insensible par labourage ou fauchaison. Nous avons décidé déjà qu'une telle possession devait en général être considérée comme publique ; nous n'y rencontrons pas non plus le caractère d'équivoque. Nous supposons d'ailleurs que l'empiètement est définitif, qu'il s'est reproduit régulièrement ; une anticipation qui n'eût eu lieu qu'une fois, serait selon nous insuffisamment caractérisée ; la volonté d'avoir pour soi, *d'une façon définitive*, pourrait paraître douteuse ; c'est dans cette hypothèse spéciale seulement qu'on pourrait trouver une Possession équivoque.

— De même, les faits de jouissance qui seront significatifs, autant pour un démembrement de la propriété seulement que pour la propriété elle-même, pourront être équivoques au point de vue de la pleine Possession ou de la Possession commune. (Cfr. Aubry et Rau, § 217, note 9). Cette question se présente surtout pour la Possession des chemins ; nous la retrouverons aux servitudes. Elle n'existe pas en général pour les autres espèces de propriétés. Ainsi le seul fait d'avoir extrait de la tourbe dans un herbage, de la pierre dans un champ, serait évidemment équivoque ; de même, les faits de passage, de puisage, etc. Il faut en général, pour acquérir la pleine Possession, que les faits de jouissance portent sur tous les produits ou émoluments du sol ; tout au moins faut-il prouver les plus essentiels selon la nature du fond et la jouissance ordinaire qu'il comporte (1).

216. — On doit aussi compter parmi les Possessions équivoques la Possession du communiste. On range souvent le communiste qui détient seul la chose commune au rang des détenteurs précaires, c'est inexact.

(1) D'ailleurs, selon les faits, le juge a une grande latitude d'appréciation. (V. Curasson, n° 579). Le pâturage du bétail et la coupe de fagots sur un terrain laissé en friche par le propriétaire pourraient être considérés comme des actes de Possession équivoque.

Le communiste a évidemment l'intention de posséder pour soi et jusqu'à la cessasion de l'indivision, cette intention s'exerce sur la totalité de la chose. C'est en somme une véritable exception à la règle « Duos in solidum possidere non posse », quoi qu'en dise Molitor. Il est impossible de concevoir une Possession qui s'étende sur des partis idéales ou des éléments séparés; le communiste a la volonté de posséder la chose quitte à partager. Vis-à-vis de tout autre que son co-communiste, il entend posséder exclusivement (1).

Mais évidemment les faits qu'un communiste exerce, même exclusifs, entraînent présomption d'équivoque vis-à-vis des autres et sans qu'il y ait mandat, il agit pour eux en même temps que pour lui et ils pourraient comme nous le verrons intenter la complainte en invoquant sa seule Possession.

Entre communistes donc en principe, pas d'acquisition de Possession en faveur des uns contre les autres; de même la prescription ne court pas entre eux (V. Troplong, n° 360 et la note).

Mais le communiste par des actes d'une gravité absolument exceptionnelle (2) et qui ne laisseront aucun doute sur sa volonté de posséder contre ses associés pourra faire tomber cette présomption. Il pourra posséder au-delà de sa part; il pourra même posséder en totalité. Et cela sans qu'il soit besoin d'interversion proprement dite à son titre. En effet, selon la remarque déjà faite, il ne changera pas sa « causa Possessionis » (Troplong, n° 360, 391, 493, 528. Curasson, 579. — V. aussi Cass., 14 nov. 71. S. 72, 1, 317. Wodon, n° 227. Molitor, 39.) « La Possession, dit Troplong (523), était causée par le droit de propriété; c'est le droit de propriété qui en était le principe, et il continue à jouir comme propriétaire. *Il ne change* que les

(1) Et d'après l'art. 709 en matière de servitudes, la jouissance de l'un conserve la jouissance des autres, ce n'est que l'application d'un principe général.

(2) Si par exemple il a clos et fermé à clef l'herbage commun en interdisant la possibilité d'en jouir à son co-communiste; s'il a seul maçonné et recouvert le puits commun, etc.. C'est une question de fait qui sera décidée selon les circonstances.

limites de sa Possession. Or, c'est ce que l'art. 2240 ne défend pas; il ne s'oppose qu'à une interversion dans la cause. Ici la cause reste toujours la même ».

217. — La Possession est encore équivoque si on ignore si elle s'est exercée à titre de propriété ou à titre de tolérance et de familiarité (1). C'est ainsi que les servitudes discontinues ne peuvent, sans titre, fonder la Possession. Le passage, le tour de charrue, sont souvent des actes de bon voisinage; ce serait rendre impossible les bons rapports entre voisins si de tels actes pouvaient à eux seuls donner un droit. De là vient la présomption d'équivoque qui les inficie. (V. les auteurs cités plus haut).

— Telles sont les hypothèses principales (2) où la Possession peut être dite spécialement équivoque. Les autres espèces qu'on cite ordinairement se rapportent plutôt, dans notre opinion, aux autres vices prévus par l'art. 2229 (3).

F. — Possession non-Précaire

218. — Nous avons vu plus haut ce qu'était le Précaire en Droit Romain. On peut le définir : la concession d'une chose ou d'un droit accordée par une personne à une autre, gratuitement et par faveur, sous réserve de révocation « ad nutum ». Nous avons indiqué son origine historique (n° 45), ses principaux caractères (n° 143); nous avons constaté que le Précariste, bien qu'il n'eût pas l'intention d'avoir à titre de maître

(1) Une hypothèse spéciale s'est posée. Deux propriétaires voisins ont le même fermier. Ce fermier accomplit des faits de Possession sur un héritage au profit de l'autre, opère un aménagement de servitudes apparentes. On décide que de tels faits sont équivoques. (Bélime, 56; Bourbeau, 321; Demolombe, Servit., 2, 774).

(2) Il faut, d'ailleurs, se garder de confondre l'équivoque et la mauvaise foi. Cette dernière, en principe, comme nous l'avons constaté, ne vicie point la Possession.

(3) Ainsi Aubry et Rau indiquent comme équivoque la Possession de celui qui aurait acheté du fermier l'immeuble qu'il tenait à bail et lui en aurait laissé la Possession. Nous croyons plutôt qu'elle serait clandestine vis-à-vis du premier bailleur. (Aubry et Rau, § 217, note 11; Cfr. Troplong, 517).

(n° 28), avait cependant la Possession et les Interdits Possessoires qui en découlaient. Enfin, nous avons constaté que l'Interdit « de Precario » n'était pas essentiellement un Interdit Possessoire (n° 144 et suiv.).

La Possession qui résultait de cette curieuse institution et qui sortait complètement des règles ordinaires ne souffrait que d'un vice relatif que les lois Romaines mettent sur le même pied que la violence ou la clandestinité. L'exception « vitiosæ Possessionis » comprenait à la fois ces trois chefs.

L'ancien pacte ou contrat innommé de Précaire romain ne saurait rencontrer d'analogue sous notre législation que dans les concessions de familiarité ou de pure tolérance(1) qu'on se fait entre voisins. A ce point de vue l'exercice des servitudes discontinues sans titre est précaire autant qu'équivoque. Si par exception d'ailleurs une jouissance d'immeuble était constituée dans les termes du Droit Romain il est d'évidence qu'elle ne saurait fonder une Possession utile. Aucun texte n'a reconnu ce précaire qui répondait à des besoins, à un aménagement de la propriété que les nations modernes ne connaissent pas en général, sauf les cas indiqués plus bas. Pothier (Prêt à usage, n° 88, 89) atteste que sous l'ancien droit le précaire est un contrat ordinaire (2) qui n'engendre que des obligations et des droits civils et personnels, une variété en définitive du Prêt à usage (Cpr. Molitor, n° 96. Appleton 216. Wodon, 643. Curasson 580).

D'autre part jamais le Droit Romain n'a qualifié de « precaria » la Possession de ceux qui comme le fermier, le dépositaire, l'usufruitier possèdent pour le compte d'autrui (Voir toute notre discussion sur la Terminologie romaine (n°s 10-17); c'est un point aujourd'hui hors de toute contestation (3). La conception moderne du précaire puise son origine dans le Droit Canonique

(1) V. Aubry et Rau, § 180.

(2) Ce contrat peut d'ailleurs être accompagné de cession d'actions Possessoires et nous verrons plus bas l'effet d'une pareille cession en parlant du droit qu'a le Mandataire d'agir au Possessoire.

(3) V. A. et Rau, § 180, note 2.

(Chap. 3. Titre de « Precario » Decrétales III, 14) qui a singulièrement étendu l'acception du mot précaire (1).

219. — Delaporte (Pandectes françaises) donne une bonne définition du Précaire moderne. « Le détenteur précaire est celui qui détient une chose ou qui exerce un droit en vertu d'un titre imcompatible avec l'idée que le détenteur est propriétaire de la chose ou titulaire du droit. » — La Possession précaire romaine ne serait donc qu'une variété infinitésimale de la Possession précaire moderne. De plus la nature du vice n'est plus la même, le droit moderne appliquant dans toutes les espèces les principes logiques dont pour une seule hypothèse dont l'application serait aujourd'hui très restreinte le Droit Romain s'était écarté en raison de motifs spéciaux. C'est une idée sur laquelle on ne saurait trop appuyer. — Dans le Droit français par conséquent le précaire exclut toute idée « d'animus », la Possession précaire s'entend des actes posés par tout individu qui n'agit que comme exerçant le droit d'un autre. *C'est la Possession ou plutôt la Détention pour autrui* (art. 2231, 2236, 2239 combinés).

Mais l'art. 2229 et l'art. 23 Pr. présentent à propos de la disposition que nous étudions une légère divergence. Le premier exige une Possession « à titre de propriétaire »: le second une Possession « à titre non précaire. » Selon nous il y a là plus qu'une divergence de mots ; il y a une réelle divergence de doctrine. Nous avons déjà indiqué plus haut qu'on était toujours dans le doute de savoir si toutes les règles de la prescription devaient « in terminis » s'appliquer à la Possession utile pour agir au possessoire.

Or voilà un des cas d'après nous où l'on doit profiter d'un texte formel pour affranchir notre Possession des règles absolues de la prescription. Il est d'évidence que l'exigence doit être beaucoup plus grande quand il s'agit d'un mode d'acquisition de la propriété que lors-

(1) Cette erreur a passé dans l'ordonnance de 1667. Tit. 18, art. 1. V. Aussi Denizart, V° Précaire. Pothier, n° 15 et suiv. n° 96, l'a bien relevée (Cpr. Rapport de M. Porriquet sous Cass. 26 juin 1822. Sir. 22. 1. 262.)

qu'on prétend seulement à l'action Possessoire et nous poserons en règle en nous appuyant sur cette différence de texte qui nous permet de revenir aux règles logiques que celui qui possède utilement pour prescrire possède utilement pour agir par les actions Possessoires, mais non pas « vice versa »(*Lerminier* sur Savigny p. 15. Troplong, n° 370). En d'autres termes une Possession qui ne peut fonder la prescription n'est pas nécessairement dépourvue de la protection des actions Possessoires.

220. — Ces considérations justifient absolument la reconnaissance par la doctrine et la jurisprudence d'une Possession utile au cas du précaire administratif dont nous aurons à parler plus longuement par la suite, précaire absolument semblable dans son principe au précaire romain; dans ce cas la Possession est qualifiée; elle n'est inficiée que d'un vice relatif, seulement opposable par conséquent par l'Administration seule; elle donne vis-à-vis de tous les autres le bénéfice des actions Possessoires.

On ne doit donc pas considérer comme détenteur précaire, dans le sens ordinaire du mot le particulier qui en vertu d'une concession administrative ou même à la faveur d'une simple tolérance de l'Administration, exerce des actes d'usage sur un objet dépendant du domaine public. Bien qu'il ne puisse avoir la volonté légale de propriété, il a la Possession. Cass. 23 août 59; Sir., 59. 1. 352 et la note; Cass. 16 juillet 72. Dall. 74. 1. 79, 27 juillet 87, D. 89, 1, 67. (V. Aubry et A. Rau, § 180 et note 4, § 185, texte et note 43, autorités et arrêts cités. — V. aussi Appleton § 458, 459. — Contra Wodon n^{os} 9,383, 641, Carou 75, Bioche V° Act. Poss. 70 (1).

(1) C'était la théorie de Pothier (Possess. n° 96) et selon nous elle trouve sa justification au point de vue des textes dans l'opposition qui existe entre la rédaction de 2229 Civ. et 23 Pr. opposition que nous n'avons vue relevée suffisamment dans aucun auteur. — Elle pourrait aussi trouver une justification théorique dans la remarque faite par la plupart des auteurs les plus récents que l'Etat n'est pas propriétaire du domaine public, mais qu'on doit plutôt le considérer comme une sorte d'administrateur légal de ce domaine dans l'intérêt de tous.

221. — Enfin la loi française reconnaît encore une sorte de précaire à la façon du Droit Romain (1) dans l'hypothèse suivante : Une ordonnance du 31 octobre 1845 concernant l'Algérie donne au gouverneur général le droit de frapper de séquestre les biens des indigènes (Dall. Organis. Algérie n° 947 et suiv.) Ce séquestre tant qu'on ne s'empare pas effectivement des terres laisse aux indigènes une détention précaire dans les termes du Droit Romain. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation (3 janv. 77 Dall. 77. 1. 14.) L'indigène séquestré pourra en conséquence intenter les actions Possessoires.

Nous avons donc en Droit français trois précaristes qu'il ne faut pas confondre: 1° Le détenteur pour autrui ; 2° Le Possesseur d'immeubles dépendant du domaine public ; 3° Les Arabes dont les biens sont sous séquestre, en Algérie.

222. — Les principaux détenteurs précaires sont: le fermier, et l'expiration seule du bail ne pourra changer le caractère de cette détention, car le bail est censé prorogé par tacite reconduction si le preneur reste en possession (art. 1738), le mandataire, le tuteur, le syndic, le séquestre, le dépositaire, le commodataire, le gagiste (2), le mari selon les régimes quant aux biens de sa femme dont il a l'administration et la jouissance (Voir controverse entre Aubry et Rau, § 180, texte et note 7 et Troplong. 483-486). Tous ces détenteurs, dit Curasson (2 p. 125), n'ont qu'une Possession d'emprunt, ils ne sont propriétaires d'aucun démembrement de l'immeuble, aucune idée de propriété ne se mêle à leur jouissance. Le droit de propriété reste en entier sur la tête de celui qui afferme son domaine ou sa maison

(1) Toutefois si l'on se reporte à l'étymologie de précaire (Preces) et à la nature du contrat romain qui à l'origine constitue une véritable libéralité, on voit une entière différence au fond entre les deux hypothèses. C'est une singulière libéralité, en effet, que celle qui consiste à ne pas vous dépouiller tout à fait.

(2) L'antichrésiste (V. Aubry et Rau, § 180 note 6, et en sens contraire Bélime, n° 312. — Pour l'emphytéote, controverse, MM. A. et Rau notamment (§ 185, note 24 et § 224 bis) ne voient pas dans l'emphytéose un droit réel immobilier contrairement aux décisions de la Cour de Cassation.

ou dont le bien est en séquestre ou qui l'a donné en antichrèse. »

L'action en complainte en leur propre nom et pour la conservation de leur droit propre, est donc d'une facon absolue refusée à cette classe de détenteurs; nous verrons dans quels cas ils ont la Réintégrande.

Une seconde classe de détenteurs précaires qu'il faut distinguer des précédents parce que leur Possession n'est précaire que « in parte qua » (1) ce sont ceux qui exercent sur la chose un droit réel immobilier (V. Curasson « loc. cit. » Appleton, § 215). Ce sont par exemple l'usufruitier, l'usager, l'emphyteote (si l'on admet la théorie de la jurisprudence), le superficiaire et les possesseurs d'une servitude légale ou conventionnelle. Ceux-là ont les Interdits mais seulement pour la défense de leur droit et à ce point de vue évidemment leur Possession n'est pas précaire. Mais quant au reste ils possèdent pour le véritable propriétaire. Cela est essentiel à observer dans les cas ou notamment l'exercice du droit absorbe tout l'émolument de la chose : par exemple l'usufruitier, l'emphyteote ne se distinguent pas quant à l'apparence et au mode ordinaire de jouissance du véritable propriétaire.

Nous retrouverons d'ailleurs tous ces détenteurs précaires lorsque nous rechercherons à qui appartient l'Action Possessoire. Deux questions controversées restent à indiquer : Et d'abord la position du demandeur qui succombe en complainte est-elle frappée de précarité ? Nous renvoyons à nos explications sur l'effet des jugements Possessoires la solution de cette difficulté. Contentons-nous de remarquer que le jugement de condamnation peut résulter aussi bien de l'insuffisance du trouble allégué que de la preuve insuffisante de la Possession ; que le jugement qui ordonne de délaisser n'implique pas renonciation à l' « animus » ;

(1) Du reste le simple détenteur est évidemment supérieur à ces deux ordres de détenteurs précaires. — V. Pothier, n° 14. « Melius non habere titulum » Il peut par sa seule volonté et l'échéance du délai d'un an, consolider sa situation,et aucun détenteur précaire ne le peut; on lui opposera toujours son titre « Titulus tuus clamat contra te. »

la Possession par suite peut être de mauvaise foi, mais nous avons constaté que la mauvaise foi n'avait pas d'influence sur le Possessoire. En principe donc la condamnation au Possessoire ne constitue pas en état de détention précaire (Cpr. Appleton, § 223-229). — 2e question : le vendeur qui depuis le jour de la vente est resté en Possession de la chose vendue est-il un détenteur précaire? Nous avons vu qu'on discutait si la vente, qui transfère la propriété de plein droit, pouvait transférer la Possession « solo consensu ». Nous avons constaté que l'affirmative était admise par Aubry et Rau (§ 179, texte et note 9), Troplong, 251, que d'après Bélime, n° 46, et Wodon, 263 bis, au contraire le constitut Possessoire n'était jamais présumé.

Nous nous en tenons, malgré l'objection, à l'opinion qui voit dans le vendeur un détenteur précaire; si donc il n'a été rien de stipulé de spécial à propos de la livraison, le vendeur détient pour l'acquéreur (1).

223. — De l'exposé qui précède il résulte que le vice de précarité est un vice absolu (2). Totalement dépourvue de l'élément fondamental de toute Possession, c'est-à-dire de la volonté d'avoir pour soi, la Possession précaire n'est en définitive qu'une détention. Ce vice qui tient à l'essence, à la nature même de la Possession, peut être opposé par tout le monde.

224. — Mais la précarité ne se présume pas. Le possesseur n'a pas à prouver sa Possession non précaire, il n'est pas tenu de produire un titre de propriété. C'est à la partie adverse qui allègue la précarité à en apporter la démonstration ; c'est ce qui résulte de l'art. 2230 : « On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour autrui. »

(1) M. Appleton, § 221 a, selon nous, très mal posé la difficulté. Les trois hypothèses qu'il suppose n'ont pas de rapport avec la question telle qu'elle est posée et controversée. Il est bien évident que, s'il y a un titre, que ce titre porte des conditions spéciales en ce qui concerne la livraison, c'est ce titre qu'il faudra interpréter et suivre au point de vue possessoire.

(2) Aubry et Rau, 180, note 8 ; Appleton, § 222. V. cep. Troplong, 369-370,

La présomption dont il s'agit peut d'ailleurs être détruite par une présomption contraire. C'est pourquoi nous avons rangé sous le titre de l'équivoque la Possession du communiste contre ses associés. Ce communiste est censé ne pas posséder contre ses co-ayants-droit, sauf par des actes d'une gravité exceptionnelle, et des deux présomptions, c'est la seconde qui l'emporte d'ordinaire. — La présomption de l'art. 2230 peut être détruite d'ailleurs par la production d'un titre qui sera examiné au point de vue possessoire et par les modes de preuve ordinaires admis pour arriver à qualifier la Possession. (V. Aubry et Rau, § 180, « in fine » ; Troplong, 372 ; Wodon, 223 « Curasson, loc. cit.»).

225. — D'autre part, d'après la règle posée par l'art. 2231, si l'origine de la Possession n'est pas méconnue, elle est censée s'être continuée avec les mêmes caractères : « Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre s'il n'y a preuve du contraire. » C'est la conséquence logique de ce que le vice est absolu. Tout vice absolu est, par voie de conséquence, perpétuel, et aucun laps de temps ne le fait disparaître. (V. 2236). C'est donc au détenteur précaire à prouver l'interversion ou la contradiction qu'il allègue.

Il est d'évidence que la seule volonté de changer son titre sera absolument inefficace. C'est en vain qu'on offrirait comme preuve de cette volonté des actes de jouissance ordinaires, si énergiques, si exclusifs qu'on les suppose. Cette preuve est non recevable et inopérante : « Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. » (2240). Il faudra des actes de véritable dépossession (V. Troplong, nos 512-514, et l'exemple tiré de d'Argentré: Le fermier qui chasse le maitre intervertit. V. plus bas ce que nous disons de la contradiction). D'autre part, l'échéance du terme fixé pour la restitution de la chose tenue précairement n'opère pas interversion. —Pour la cessation du mandat légal, il y a controverse. Le tuteur, par exemple, commence-t-il à l'époque de la majorité du pupille une possession suffisante ? Oui, selon Vazeille (nos 126-127-143) : le seul changement de

qualité opère interversion. Cette opinion est justement condamnée par MM. Troplong, 487; MM. Aubry et Rau, § 180, note 9; Demol. 8, 131. On peut en effet tirer de l'art. 2237 une objection décisive (Troplong, 483, « in fine » ; Aubry et Rau, loc. cit.). Le vice de précarité, observent ces derniers, se transmet aux héritiers de tous ceux qui possédaient pour autrui et notamment aux héritiers des mandataires (1) légaux ou conventionnels, aussi bien qu'aux héritiers de l'usufruitier, par exemple. Jamais en effet ces derniers héritiers n'avaient été revêtus d'une qualité identique a celle qui rendait la possession précaire dans la personne de leur auteur, et par suite, le seul changement de qualité est insuffisant pour faire disparaître le vice de précarité.

Mais si nous supposons que les maris, tuteurs et autres administrateurs légaux, ou les mandataires conventionnels aient rendu leurs comptes; que même, par prescription, ils soient affranchis de l'obligation de les rendre ; que la tutelle soit finie, en un mot, ou le mandat liquidé, les auteurs contraires à Vazeille ne sont plus d'accord. MM. Troplong, 489, et Demolombe, 8, 174, estiment que la possession utile pourra commencer. MM. Aubry et Rau (1), au contraire, et cette opinion nous paraît préférable, décident fort nettement que « ni la reddition de compte suivie de décharge, ni la prescription en reddition de compte n'opèrent interversion de possession. » (§ 180, texte et note 10). En effet, la décharge n'implique aucune renonciation d'exiger la restitution, ni aucun abandon, et il est essentiel de ne pas perdre de vue que, pour opérer l'interversion, *il faut un acte dont le propriétaire ait été touché personnellement ou averti d'une manière patente* et qui soit de nature à lui faire *perdre* la possession. C'est ce que nous allons démontrer en parcourant la double hypothèse de la contradiction et de l'interversion (2238). Nous

(1) Pour le cas du tuteur, les arguments spéciaux sont encore plus forts « Tant et si longtemps que le compte n'est pas rendu, la tutelle dure toujours », dit Meslé. (Adde Arg. de 472).

(1) Dans le même sens, Molitor, 39; Wodon, 296.

y joindrons quelques observations sur la transmission à un tiers par le détenteur précaire (2239).

La contradiction a pour effet de faire supposer que le propriétaire abandonne son droit. C'est l'émission de prétentions contraires aux droits de ce dernier, c'est une véritable provocation, une mise en demeure de se défendre. Il faut naturellement un fait bien caractérisé, car la contradiction doit être *formelle*; on n'en examine pas la cause, on se demande seulement s'il était nettement et directement adressé au propriétaire et s'il était bien de nature à ne laisser à ce propriétaire aucun doute sur l'intention de l'adversaire, sur sa volonté de le dépouiller.

La contradiction peut résulter de pièces écrites, d'actes judiciaires ou extrajudiciaires; de la signification qu'on n'entend plus posséder pour le propriétaire, du refus de paiement du fermier signifié et basé sur la méconnaissance de la propriété, etc., etc. Le détenteur précaire pourra aussi contredire utilement en signifiant un acte d'acquisition émanant d'un tiers (Bélime, 109).

La contradiction peut aussi résulter en principe de faits matériels (Bélime, 110; Troplong, 514; Aubry et Rau, § 180, note 14; Wodon, 297). Mais il faut qu'ils soient suffisamment caractérisés. Pourront paraître tels : le fait du fermier qui chasse le maître qui vient pour s'installer chez lui (d'Argentré), le fait de celui qu'on laissait faire pâturer ses bestiaux par tolérance sur une terre en friche, à qui on retire cette tolérance et qui continue néanmoins sa jouissance, etc. (Voir Troplong, 514). Mais le seul fait de ne pas payer ses fermages ou son loyer, un simple fait négatif, de simples paroles, même des dires dans un inventaire seront insuffisants (Cpr. les auteurs cités plus haut et Cass. 14 nov. 71, D. 71, 1. 345 et la note) (1).

Et tout le monde est d'accord que la contradiction résultant de faits matériels pourra se prouver par té-

(1) De même de simples abus de jouissance de la part d'un usufruitier, d'un usager seraient insuffisants; ce n'est là qu'une simple extension de la détention précaire.

moins (Mêmes auteurs ; contra Vazeille, « Prescr. », 151) : C'est ce que remarque très exactement Wodon, n° 298, la contradiction est, pour le détenteur, un des éléments constitutifs de sa Possession juridique, de son « animus », et ces éléments, à l'instar de tous faits purs et simples et de tous actes de Possession quelconques, ne peuvent généralement s'établir que par témoins. »

226. — Interversion par cause venant d'un tiers. — Il est d'évidence qu'un acte translatif de propriété, émanant de celui pour qui l'on possède, opère interversion (Aubry et Rau, § 180, note 13). L'art. 2238 admet même que toute cause venant d'un tiers, et par là, l'on doit entendre tout acte à titre onéreux ou gratuit, translatif de propriété (1), entraîne interversion.

Certains auteurs estiment qu'il faut que cet acte soit notifié à celui pour lequel la Possession s'exerçait. (Vazeille, n° 148; Duranton, 21, 246). Mais nous rentrerions alors dans l'hypothèse de la contradiction et les deux cas prévus par l'art. 2238 se confondraient, selon la remarque de Belime. Aussi tous les autres auteurs rejettent-ils la nécessité d'une notification. (Troplong, 507-508; Belime, 112; Aubry et Rau, loc. cit., note 11; Appleton, § 290; Wodon, 299.

Mais il faut que ce Possesseur, muni de cet acte translatif qui servira de preuve que la volonté avec laquelle il détenait n'est plus la même, qu'elle s'est transformée; il faut que ce Possesseur remplisse, d'ailleurs, les conditions de l'art. 2229; que sa Possession ne soit ni équivoque ni clandestine (2). Or, nous l'avons remarqué plus haut, l'acte translatif de propriété ne suffit pas à lui seul pour donner origine à une Possession publique. Il faudra donc, indépendamment, des faits patents, de nature à prouver à tous qu'une Pos-

(1) Il n'est pas besoin de démontrer qu'il ne s'agit que de trasmission à titre singulier. La même observation pourrait être faite à propos de l'art. 2239. (V. ce que nous avons dit de l'Accession des Possessions. — (Cpr. Belime, 127-130; Troplong, 502; Wodon, 304),

(2) Par l'interversion, le détenteur précaire commence une Possession qui part de la date de l'acte d'interversion et qui, soit dans son origine, soit dans sa durée, doit satisfaire aux règles ordinaires des Possessions qualifiées. (V. Wodon, n° 301).

session nouvelle et non précaire a commencé.

La cessation seule du paiement du fermage pour le fermier pourra paraître insuffisante ; mais le changement de la nature des héritages, les bouleversements, les actes formels de disposition pourront, selon les circonstances, être considérés comme probants.

Il nous semble, d'ailleurs, indiscutable, malgré le dissentement de Troplong (507), qu'il faut un acte sérieux et non pas un titre simulé, qui ne serait que le résultat d'un concert frauduleux entre le détenteur précaire et celui qui a passé l'acte de transmission en sa faveur. La loi serait inexcusable si elle avait admis un cas d'interversion dans lequel le fermier ne serait presque jamais de bonne foi. Son but est tout autre. Elle veut une cause sérieuse et légitime qui explique le changement de volonté du détenteur précaire. Et comme c'est à lui de prouver son interversion, il appert que, dans les cas où il y aura le moindre doute sur la valeur du titre émané d'un tiers, sa prétention doit être repoussée. Si la production d'un titre quelconque suffisait, ce serait, selon la remarque de MM. Aubry et Rau, contrevenir indirectement au principe que le détenteur précaire ne saurait intervertir sa Possession par sa seule volonté (loc. cit. note 12, Bélime, 113-115).

227. — Transmission de la chose par le détenteur précaire a un tiers, art. 2239. — Les explications précédemment données nous permettent de résumer rapidement cette hypothèse. Il faut une transmission à titre singulier, par acte non simulé. Cet acte n'a pas besoin d'être signifié, mais il faut que le tiers-acquéreur ne commence pas une Possession clandestine ou équivoque; il faut que cet acquéreur soit entré publiquement en Possession (1). Si, au contraire, l'ancien fermier continuait à détenir, la Possession serait équivoque ou clandestine, selon le point de vue auquel on se place. (V. Appleton, § 296 et suiv., qui cite diverses hypothèses de transmission de la Possession du

(1) Et il n'importerait que le fermier eût continué ou non à payer les fermages.

tiers détenteur à un tiers acquéreur. V. Troplong, 518 et suiv. ; Wodon, 302 et suiv.)

Telles sont les observations que nous avions à présenter à propos de la Possession précaire. Nous parlerons plus loin, au chapitre des Servitudes, de la précarité en matière de quasi-Possession. Nous avons aussi réservé la théorie des actes de tolérance et de pure faculté que certains auteurs ont présentée en parlant de la précarité.

CHAPITRE III

DE L'ANNALITÉ

228. *Double annalité*. Saisine annale. Prescription annale. Leur liaison étroite. — 229. A. *De la Saisine ou Possession annale*. Origine. Justification. Caractère. — 230. Calcul des délais. — 231. Difficultés d'en fixer le point de départ quand il s'agit de troubles continus ou successifs. — 232. Hypothèse spéciale des Droits qui ne s'exercent qu'à de longs intervalles. — 233. Les réparations et reconstructions ne font pas perdre l'annalité. — 234. La preuve de l'annalité incombe à celui qui invoque la Possession annale. Faut-il une Possession annale distincte pour les accessoires? — 235. Pas de complainte sans annalité. Cette règle ne comporte aucune exception ; controverse. — 236. L'accession des Possessions est admise en Droit français d'une façon générale. — 237. B. *Prescription annale*. C'est une disposition commune à toutes les Actions Possessoires. — 238. Calcul des délais. Point de départ de la prescription dans les différentes hypothèses. — 239. La prescription court-elle contre l'administration, les incapables? — 240. Le délai est-il suspendu au cas ou le possesseur ignore le trouble ? — 241. Interruption de la prescription. — 242. La prescription est-elle interrompue par la poursuite correctionnelle ? Controverse.

De l'Annalité

228. — L'art. 23 du Code de Procédure nous indique que les actions Possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble, par ceux qui depuis une année au moins étaient en Possession qualifiée.

Il y a donc une double annalité qu'il importe de distinguer soigneusement : 1° L'annalité de la Possession nécessaire pour intenter l'action ; 2° l'annalité de l'action ou plutôt la prescription annale de l'action. Dans le premier cas il y a non recevabilité de l'action pour cause de Possession insuffisante, dans le second cas il y a déchéance ou forclusion.

L'art. 23 Pr. pose donc deux règles absolument différentes. Et comme nous avons à compléter seulement l'étude de la nature et des qualités de la Possession, il semblerait que nous n'avons à exposer pour l'instant que les conditions de la saisine annale. Nous réunirons

néanmoins dans un seul chapitre, quoique sous deux sections différentes, ce que nous avons à dire et sur la saisine annale et sur la prescription annale. Sans doute, il est vrai, elles ne sont pas toujours et nécessairement le corollaire l'une de l'autre (1) et il peut se faire que l'auteur du trouble n'acquière aucune Possession utile, soit que la Possession qu'il commence ne satisfasse pas aux exigences énumérées dans le chapitre précédent, soit que sa Possession ne devienne pas annale, mais passe auparavant aux mains d'un troisième individu. Mais il est à considérer que le plus souvent la forclusion de l'action pour le demandeur entraîne par voie de conséquence l'acquisition de la Possession pour le défendeur. Soit par exemple Primus demandeur en complainte contre Secundus : il allègue que ce dernier a depuis moins d'un an établi sur son terrain une rigole destinée à l'irrigation. Secundus établit au contraire que la rigole existe depuis plus d'un an. Primus est déclaré déchu de sa Possession ; Secundus au contraire a acquis une Possession annale caractérisée de servitude d'Aqueduc. — C'est que selon la remarque déjà faite en Droit Romain si l'interdit peut être simple, il est plus ordinairement double en vertu de la nature même des choses (2). En raison de l'annalité la plupart du temps, l'un gagne la Possession à mesure que l'autre la perd et il arrive un instant où l'usurpateur a la Possession annale, en même temps que l'ancien Possesseur à l'inverse est sous le coup de la prescription annale. Ces remarques sommaires suffisent à indiquer la liaison étroite de la saisine annale et de la prescription annale.

De la Saisine ou Possession annale

229. — Si les Romains ont connu la prescription

(1) A ce sujet Curasson n° 561, commet une inexactitude en disant sans restriction que les deux exigences de la loi sont corrélatives.

(2) (V. n°s 79 et 80).

annale, ils ont ignoré absolument la saisine ou Possession annale (V. n° 100) (1).

Le Droit Romain, et c'est ce qui résulte de tout ce que nous avons exposé plus haut, n'a pas connu généralement la condition de la durée pour la Possession des immeubles, il protégeait au contraire la Possession instantanée. Nous avons vu dans notre étude historique comment l'idée d'annalité s'est introduite peu à peu à la faveur du système féodal et a fini par s'appliquer à la Possession. C'est un point sur lequel nous ne reviendrons plus; l'exigence de la durée, quelle qu'en soit l'origine historique d'ailleurs, est absolument raisonnable. Elle n'altère pas l'essence de la Possession quoi qu'en aient pensé certains auteurs et elle la rend à la fois plus certaine et plus respectable. Quant à l'étendue de la période choisie elle n'est pas non plus sérieusement critiquable (2). Toutes ces idées ont été judicieusement exposées par Bigot Préameneu. « On a considéré que si l'occupation momentanée d'un fonds suffisait pour priver des effets de la Possession, ce serait une cause de désordre ; que chaque Possesseur serait à tout moment exposé à la nécessité d'avoir un procès pour justifier son droit de propriété..... La règle de la Possession annale a toujours été suivie en France à l'égard des immeubles ; elle est la plus propre à maintenir l'ordre public. C'est pendant la révolution d'une année que les fruits d'un fonds ont été recueillis ; c'est pendant une pareille révolution qu'une Possession publique et continue a pris un caractère qui empêche de la confondre avec une simple occupation. »

La Possession nécessaire pour agir au possessoire n'est donc acquise qu'au bout d'un an, c'est ce qui nous paraît nettement résulter des termes em-

(1) V. aussi comment dans les travaux préparatoires et sur la foi de Domat on s'est mépris sur ce point (p. 200, note 2).

(2) Voir cependant Garnier (3me édit. p. 92). Entre autres objections cet auteur dit qu'une réforme qui consisterait à protéger la Possession sans condition de durée aurait pour effet de mettre en harmonie le code de procédure et le code civil. C'est une erreur palpable justement relevée par Curasson, n° 562. L'art. 23 pr. a pour corollaire l'art. 2243 Civ. et tous deux parlent d'une Possession annale.

ployés, et comme on l'a remarqué, notre Code n'est pas parti de l'idée que le territoire français formait une terre inoccupée ; il a supposé au contraire que toutes les parcelles en étaient possédées. Toute prise de Possession nouvelle ne sera donc qu'un bouleversement, un changement de l'ordre établi qui ne se consolidera que par une année. Les conditions exigées dans la Possession et que nous avons déjà étudiées ne sont par suite d'aucun poids avant l'échéance du délai annal qui seul peut mettre le sceau à une Possession. Elles sont vivifiées pour ainsi dire « ex postfacto » C'est donc un ordre commode et logique à un certain point de vue d'étudier d'abord les qualités de la Possession, mais il ne faut pas perdre de vue que ces qualités ne sont rien sans l'annalité.

230. — Comment doit-on entendre exactement l'annalité? Suffit-il que l'année soit accomplie ou faut-il un an et un jour ? Il y a sur ce point divergence entre les auteurs. — Ceux qui exigent l'an et jour raisonnent ainsi. Sous l'ancien droit l'art. 96 de la Coutume de Paris exigeait que la complainte fut intentée « dedans l'an et le jour du trouble. » L'ordonnance de 1667 disait qu'on pouvait agir « dans l'année du trouble ». Mais on entendait cette dernière disposition en pratique exactement de même que sous la Coutume. Ceci posé, on doit remarquer que l'intention manifestée par le législateur était de maintenir la tradition ancienne ; enfin, dit on, la question est tranchée par l'art. 2243 qui exige pour qu'il y ait interruption naturelle qu'on ait été privé de la jouissance pendant « *plus d'un an* » (Curasson, 563. Carou, 696. Wodon, 29).— Mais cette opinion n'a pas prévalu et ne pouvait guère prévaloir en présence de la rédaction formelle de l'art. 23, Pr. Les termes « une année au moins » ne sont pas synonymes d'an et jour. Il suffit donc d'une année complète pour avoir la Possession annale. D'autre part notre manière de compter répond à l'objection qu'on prétend tirer de l'art. 2243. Il est à remarquer en effet comme nous allons le constater que celui qui a possédé une année entière a dû posséder ne fût-ce qu'un instant pen-

dant le « dies a quo », par suite la perte de la Possession n'arrive qu'après plus d'un an conformément à la lettre même de l'art. 2243.—(V. Aubry et Rau, § 187, note 16. — Bélime, 348, Appleton, § 361).

Comment se comptent les délais? — Par jours et non par heures (Arg. art. 2260). Et le jour civil va de minuit à minuit (Dunod, Prescr. part. 2, ch. 1). Comme d'autre part il n'y a que les jours complets qui comptent, le « dies a quo » c'est-à-dire le jour où la Possession a commencé ne comptera pas; mais le « dies ad quem » sera compté. Il suit de là que c'est le dernier jour où l'ancien possesseur annal dépossédé puisse agir valablement. (V. 2261) (Lemarignier, thèse p. 57) et si le jour est férié, il ne pourra agir le lendemain nonobstant la règle de l'article 1033 pr. (1).

231. — Mais le point de départ du délai peut être difficile à fixer quand il s'agit, et c'est ce qui arrivera très souvent, d'un trouble qui n'est pas consommé en un seul jour, d'un trouble continu ou d'un trouble qui résulte d'actes successifs (V. Appleton, 502; Bélime, 357; Carou, 700; Curasson, 565).

— Où donc placer le point de départ dans le trouble continu? Il paraît d'abord certain que le trouble existe depuis le commencement des travaux, ou du moins depuis le jour où ils ont atteint la possession du demandeur, comme nous aurons à l'expliquer en parlant du trouble (V. Aubry et Rau, § 186, texte et note 11), mais il ne dépend pas du point de savoir à quel moment ils ont été assez avancés pour faire acquérir une possession annale éventuelle au troublant. Il n'y aura pas, dans tous les cas, de corrélation absolue. C'est souvent une question d'appréciation. Des fouilles faites pour la construction d'un puits, des travaux d'une certaine durée ne peuvent, ce nous semble, donner une possession utile avant que l'entreprise ne soit certaine, avant qu'on n'en puisse discerner la nature. Il serait abusif

(1) D'ailleurs l'art. 1037 qui défend de faire aucune signification les jours fériés n'édicte pas cette prescription *à peine de nullité*. L'huissier pourra donc assigner valablement et n'encourra que l'amende de l'art. 1030 (Orléans, 22 janv. 51. Dall, 51. 2. 147),

de décider qu'une possession d'aqueduc ait commencé du jour où l'on est venu placer les piquets pour marquer le terrain où l'on se proposait de creuser le canal d'adduction. La Cour de Cassation, dans une espèce ou la complainte était intentée pour réprimer l'entreprise qui consistait à laisser couler dans des prairies l'eau provenant d'un lavage à la vapeur, a décidé que le trouble, ou plutôt l'acte suffisant pour commencer la possession annale, n'avait été passé que du jour où l'on avait envoyé les eaux dénaturées et saturées d'ocre, et non du jour où l'on avait envoyé des eaux inoffensives, vu l'insignifiance des mélanges antérieurs (Cass., 9 nov. 75 D. 76, 1. 306).

S'il ne s'agit plus d'une seule et même œuvre commencée, poursuivie et achevée, mais de faits successifs, par exemple de faits de puisage, de passage, l'annalité commencera à courir de la date du premier fait qui constituait en somme l'exercice complet de la possession (Cfr. Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, 2 p. 100, note b), et la possession, par suite, pourra être perdue au bout d'un an pour le possesseur ainsi troublé.

232. — Du reste, la possession peut être très bien annale sans qu'il y ait un seul fait de possession passé dans l'année qui précède la complainte. La continuité, comme nous l'avons vu, s'apprécie suivant la nature du droit possédé. Si donc on a un droit de passage pour sortir ses récoltes ou pour l'exploitation de son fonds, on ne perd pas la possession, quand même on n'aurait pas exercé de faits de passage depuis un an, si l'exploitation n'exigeait le passage qu'à de rares intervalles (1). C'est ce qui a lieu notamment au cas de servitude concédée pour sortir les bois qui ne s'abattent qu'à de longues périodes. De même, la possession reste annale si, par force majeure, on est mis dans l'impossibilité de faire acte de possesseur (Cpr. Aubry et Rau, § 187, note 17-18. — V. aussi Cass., 19 mars 1884, D. 85, 1, 212.)

(1) V. Cass., 8 juillet 77. O. 78, 1, 29. — Cass., 14 mars 81, Sir., 81, 1, 267.

233. — La possession reste également annale s'il y a seulement entretien ou réparations, pourvu qu'on maintienne l'état de choses antérieur, qu'on reconstruise sur les mêmes proportions, si, par conséquent, le droit exercé reste absolument tel qu'il était. (Cass., 11 mars 76, Sir., 76, 1, 359.)

234. — La preuve de l'annalité incombe naturellement à celui qui l'invoque. Il peut arguer, d'ailleurs, de l'article 2234, d'après lequel le possesseur actuel, qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire. — Cette preuve résultera d'ailleurs souvent de la nature même des lieux: l'existence ancienne d'un portail qui donne accès sur un chemin privé a été considérée comme une preuve suffisante de la possession plus qu'annale de ce chemin. (Cass., 13 juin 81, Sir., 82, 1, 264.)

— On pourrait se demander, d'autre part, s'il faut une possession annale et une preuve de cette possession annale distincte pour les accessoires de la chose. Par exemple, je bâtis une maison sur un terrain que je possédais depuis un an. Un voisin fait sur ma construction une entreprise, appuie une poutre, par exemple. Pourrai-je invoquer, pour défendre ma possession de la maison la possession annale du terrain sur lequel elle est bâtie? L'affirmative nous paraît certaine à cause de la possession de fait qu'on a de la maison, à cause aussi de son incorporation en quelque sorte au sol anciennement possédé. Mais l'alluvion, l'île née dans une petite rivière et qui appartient au riverain, et la portion reconnaissable d'un champ entraînée par le courant et appliquée à une propriété en aval seront-ils soumis à la même règle? C'est une question que nous retrouverons en parlant de la possession des rivières et de leurs lits, et à propos de laquelle nous déciderons la négative. Car l'alluvion n'est pas un accessoire du champ, non plus que l'île, encore moins la portion détachée d'un autre champ. Il faudra donc une possession annale distincte. (Cpr. Appleton, § 363.)

Il en sera différemment pour les répares des haies et des fossés qui sont des accessoires naturels et nécessaires ; en les admettant, la loi présume un acte de volonté ; elle suppose qu'on a toujours eu soin de ne pas planter la haie, creuser le fossé à limite d'héritage. Il en résulte que pour prouver la Possession annale de la répare, il suffira de prouver la Possession de la haie ou du fossé, sauf les actes contraires posés sur la répare par le voisin défendeur.

235. — La Possession annale est exigée pour intenter la complainte de la façon la plus absolue. Cette exigence ne laisse pas toutefois que de paraître assez dure dans l'hypothèse suivante. Supposons que la Possession n'ait pas duré un an tout à fait. Je possède depuis onze mois, ma Possession est absolument parfaite dans les termes du chapitre précédent et il ne me manque que quelques jours pour satisfaire à l'exigence d'annalité. Je suis troublé, dépossédé même. N'aurai-je pas plus de droit que l'auteur du trouble qui, lui, n'a possédé que quelques jours, quelques heures peut-être ? C'était un point déjà controversé dans l'ancien droit si on ne devait pas accorder la complainte en ce cas. Duparc Poullain (X, p. 704) admettait l'affirmative et cette opinion sous notre Droit moderne est celle de Bélime, 345-347; de Merlin, Quest. V° Complainte, de Pigeau qui a été un des rédacteurs du code de procédure, d'Appleton, § 362 (v. aussi de Parieu, p. 165). Mais elle est repoussée par tous les autres commentateurs : Troplong, n° 312. Carou, 692-695. Crémieu, n° 268. Bourbeau, 301. Aubry et Rau, (§ 187, texte et note 20 et auteurs cités). Et l'on ne voit pas sur quels arguments sérieux elle pourrait se soutenir. Encore dans l'ancien Droit le silence de l'ordonnance (1) permettait-il de la proposer, mais l'art. 23 est formel. Et en vain dirait-on que cette solution manque d'équité ; le législateur, nous l'avons vu, a supposé que tout le territoire était possédé. Par suite, toute Possession est à son

(1) Et néanmoins comme elle parle de saisine, il semble bien qu'elle exige la Possession annale.

début dans l'esprit de la loi, une usurpation; eût-elle duré onze mois, elle n'est pas plus respectable que lorsqu'elle date d'un jour, elle ne l'est pas plus qu'une autre de moindre durée. Les auteurs contraires prétendent appliquer à nos Actions Possessoires les règles de l' « Utrubi », mais la Possession qualifiée par la « majors pars anni » n'a été qu'une anomalie qui n'a pas duré jusqu'à la fin du Droit romain. La conception de la saisine et toutes les traditions historiques s'opposaient à ce que le législateur admit cette règle du Droit romain classique et surtout, nous le répetons, le texte de l'art. 23 ne saurait laisser aucun doute sur la question (1).

236. — La seule atténuation à l'exigence de l'annalité et qui peut paraître par une curieuse coïncidence un emprunt à l'« Utrubi » (2), c'est la possibilité accordée de joindre sa Possession à celle de son auteur (art. 2235. Nous avons donné ailleurs les indications essentielles sur l'accession et la jonction des Possessions (Cpr. Aubry et Rau, § 187, note 20, § 181. Appleton § 364). Enfin, nous en aurons terminé avec la Possession annale quand nous aurons indiqué qu'elle n'est pas exigée pour la réintégrande.

De la Prescription Annale

237. — La prescription annale nous vient du Droit Romain (V. n° 100). C'est une exception que le défendeur oppose à l'action du demandeur soit qu'il se porte

(1) Le possesseur dont s'agit n'aura donc, suivant les cas, que la reintégrande. Mais n'aura-t-il pas d'action en dommages-intérêts tout au moins dans les cas ou le fait qu'il l'a privé de sa Possession ne tomberait pas sous le coup de la réintégrande. Il l'aura selon les principes généraux, mais il ne pourra baser un chef spécial d'indemnité sur la privation de sa détention, fait de nulle valeur aux yeux de la loi. Il l'aura en tant qu'il aura éte personnellement lésé (1382). Mais ce n'est pas là l'action réelle en complainte et en maintenue.

(2) Mais ce n'est qu'une apparence. L'accession étant admise en Droit romain pour la prescription, notre législateur qui n'a pas soigneusement distingué la « Possessio ad interdicta et la Possessio ad usucapionem » a admis l'accession d'une façon générale et c'est ainsi qu'elle s'est trouvée appliqué à la Possession annale.

ou non reconventionnellement demandeur (1). C'est une fin de non recevoir qui n'est pas seulement de procédure mais qui se lie essentiellement au fond.

Les actions Possessoires doivent être intentées dans le délai d'un an. C'est ce qui résulte de l'art. 23 Pr. et de l'art. 6, 1° de la loi du 25 mai 1838. Cette règle est commune à toutes les actions Possessoires aussi bien à la réintégrande qu'à la complainte ou à la dénonciation de nouvel œuvre.

238. — Le délai doit être calculé d'après les règles que nous avons posées ci-dessus (n° 230). Le point de départ est en principe au commencement même du trouble. Rien d'ailleurs de plus facile à appliquer quand le trouble consiste dans des faits matériels isolés, dans des actes juridiques qui ont date certaine, et il n'importe d'ailleurs que le trouble ait ou non opéré dépossession. — Mais lorsque le trouble est causé par une entreprise de durée, par exemple par une construction ? C'est du jour sinon de l'achèvement au moins d'un avancement suffisant que doit seulement courir la prescription. En effet on peut dire qu'il y a là un fait indivisible dont les conséquences ne se sont produites qu'au moment où il a été entièrement terminé ou tout au moins au moment où il a pris une tournure significative. En effet supposons que j'aie sur un terrain une servitude « altius non tollendi, » dira-t-on que c'est du jour où l'on a commencé les fondations de la construction élevée contrairement à mon droit que le délai a commencé à courir ? Cela serait abusif. Il nous semble que dans ce cas la Possession contraire peut paraître au commencement équivoque. Par exemple n'a-t-on pas pu supposer raisonnablement qu'on voulait seulement établir une cave et non une superstructure? Il faudra donc dans ce cas et dans des cas identiques laisser au juge une certaine latitude d'appréciation.

Quel jour le délai commencera-t-il à courir si le trouble ne résulte que de travaux exécutés par le dé-

(1) Dans ce cas la preuve aurait le double but d'établir que le Possesseur ancien a perdu la Possession tandis que lui à l'inverse l'a acquise.

fendeur sur son propre fonds ? Il y a sur ce point divergence entre les auteurs. Les uns comme Bélime, n° 358; Appleton § 309 Bourbeau; 356, estiment que c'est seulement du jour ou il y a eu dommage causé que le délai doit partir, non du jour où le préjudice éventuel est devenu certain. Par exemple un barrage est élevé qui doit causer à l'époque des crues une inondation. D'après ces auteurs c'est seulement du jour ou en fait l'inondation s'est produite que peut courir le délai. Nous estimons au contraire avec Aubry et Rau (§ 186 et note 11) que le délai doit courir du jour où les travaux ont été assez avancés pour causer un trouble même éventuel mais certain à la Possession du demandeur (1).

Mais il faut distinguer entre la dénonciation de N. Œ. et la complainte qui peuvent *successivement* dans certaines hypothèses comme nous le verrons plus loin être intentées pour le même fait. Pour la dénonciation de N. Œ. le délai partira du commencement des travaux dont la continuation peut léser la Possession ; mais on pourra très bien être déchu de la dénonciation de N. Œ. et non de la complainte si les travaux se sont continués et ont fini par atteindre la Possession. Dans ce cas c'est de ce jour seulement que court le délai pour la complainte.

En cas de troubles successifs (1) la prescription court en principe du premier fait. Mais il faut soigneusement distinguer si ce premier fait a eu pour conséquence ou non *de faire perdre* la Possession, de lui ôter un des caractères qui la rendaient utile ; si les actes successifs en effet se sont continués sans faire perdre la Possession la complainte est recevable alors que les premiers troubles remonteraient à plus d'une année. Seulement il ne saurait être demandé réparation que des faits commis dans l'année, les autres seraient prescrits. Cass.

(1) Cpr. Cass. 4 mai 52, D. 52. 1. 123. Cass. 9 nov. 75 (D. 76. 1, 376, qui montrent que la jurisprudence décide surtout le question en fait).

(1) D'ailleurs en cas de trouble civil ayant suivi le trouble de fait par voie de conséquence c'est du trouble de fait que part le délai.

22 avril 1839, S. 39. 1. 366 (Cpr. Aubry et Rau § 186, note 13). Leligois V° délai n° 8, Carou n° 700.

239. — Contre qui court la Prescription. — Elle ne court pas contre l'administration à propos de la Possession du domaine public, puisque toute Possession de ce domaine est précaire vis-à-vis d'elle. Si, néanmoins, l'administration prend la voie Possessoire pour faire réprimer des faits de trouble, elle ne peut obtenir des dommages-intérêts pour les faits antérieurs à une année. On peut se demander, d'autre part, à partir de quel moment court le délai contre l'administration pour ses entreprises sur la Possession privée, notamment au cas de délimitation, alors que l'action Possessoire ne peut faire obtenir qu'une indemnité. Il a été décidé, par un arrêt de Cassation du 28 décembre 1852 (Sir. 53, 1, 429), que c'était du jour où l'administration avait contesté le droit du dépossédé et lui avait notifié qu'il ne serait pas donné suite à sa demande d'indemnité.— On s'accorde enfin à reconnaître que le délai court contre les Mineurs, les Interdits, les Incapables (1) quels qu'ils soient. L'art. 2252 n'est pas applicable à notre hypothèse. C'est par la double raison que, en principe, les prescriptions à bref délai courent contre tout le monde, et que, d'autre part, le délai d'un an, dans lequel l'action Possessoire doit être intentée, est plutôt une déchéance qu'une prescription proprement dite. (Jousse, Commentaires sur l'Ordonnance de 1667; Bourjon, Nouveau Denizart, V° Complainte; Bélime, 355; Curasson, 564, et les nombreuses autorités citées; Crémieu, 320; Bourbeau, 357; Leligois, V° Délai. n° 16; Leroux de Bretagne, Prescrip. I, 621; Appleton, § 309; Aubry et Rau, § 186, note 15).

240. — Le délai ne serait pas suspendu, parce que le demandeur aurait ignoré le trouble, sauf en cas de clandestinité. (Aubry et Rau, loc. cit., note 16). Cette question a été surtout discutée à propos de l'art. 1768

(1) Il court aussi contre les absents, cela va sans dire. Voir ce que nous avons dit à propos de la clandestinité. V. aussi ce que nous disons plus bas au n° 240.

et de l'art. 614 qui imposent au fermier et à l'usufruitier l'obligation d'avertir le propriétaire des usurpations et les rend responsables à défaut de non-avertissoment. Mais on peut tirer de cet article même une preuve indirecte que le propriétaire a bien pu même, sans le savoir, voir prescrire son action Possessoire. (Curasson, n° 566). Il faut d'ailleurs bien distinguer le trouble de fait et le trouble de droit. Le trouble de fait, qui s'adresse principalement à la chose, fera bien acquérir la Possession au troublant; mais le trouble de droit contre le fermier, lorsque rien ne s'en suit quant à la détention de l'immeuble, sera bien loin en principe d'avoir la même efficacité (1).

241. — Il nous reste à nous demander comment la prescription pourra être interrompue. En première ligne, par une action en justice tendant à réprimer le trouble ou à faire restituer la Possession et par les autres modes d'interruption civile notamment par la reconnaissance du droit du demandeur, et dans tous ces cas, il y aura lieu de se demander (2) quel sera l'effet d'une pareille interruption, si la Possession ancienne sera recouvrée ou continuera, ou s'il en commencera une nouvelle. La prescription sera-t-elle interrompue par une voie de fait, par exemple, si le demandeur a détruit matériellement l'ouvrage qui constituait le trouble? Evidemment non, et voici le résultat dans les deux cas qui peuvent se présenter : Si, par la voie de fait, se trouve aboli un trouble qui constituait une dépossession, la prescription ne cesse pas, et si l'auteur du trouble n'agit pas immédiatement en réintégrande, le Possesseur ancien recommence une Possession qui est inficiée d'un vice relatif et qui ne pourra se consolider que par une année. La situation du Possesseur est donc très dangereuse. La prescription pour le trouble originaire s'accomplira en faveur de l'auteur du trouble,

(1) Voir, d'ailleurs, ce que nous avons dit de la Possession non-interrompue, n° 205 et suiv.. (Cpr. Poux-Lagier et Pialat sur Curasson II, p. 102, note a).

(2) Voir les règles de l'interruption « supra » n° 207. Voir aussi l'effet du trouble de droit et les conséquences des jugements, n°s 255, 259.

avant qu'il n'ait perdu son droit à la réintégrande. Le Possesseur pourra donc, sur cette réintégrande, se trouver définitivement dépossédé et sans recours aucun.

Au contraire, si la voie de fait du Possesseur n'a eu pour effet que d'abolir un trouble qui n'entrainait pas dépossession, il perd sans doute le droit d'agir pour le trouble ancien par l'échéance du délai qui n'a pas été interrompu, mais il n'y a pas toujours Réintégrande en faveur de l'auteur du trouble. Il faut que l'entreprise qui n'entrainait pas dépossession ait constitué l'exercice d'une servitude continue et apparente.

242. — Une dernière question nous reste à traiter. Si le trouble a le caractère d'un délit et que le possesseur ainsi troublé exerce des poursuites correctionnelles aux fins civiles, notre prescription annale se trouve-t-elle interrompue ?

Qu'une telle action soit recevable, c'est ce qui n'est contesté par personne. L'ordonnance de 1667 accordait le choix entre les deux voies de procéder. Sous l'empire du Code on doit suivre la même règle : « De ce que les actions sur le déplacement des bornes et l'usurpation des terres sont mises au rang des actions possessoires et dès lors attribuées au juge de paix, disait le tribun Faure dans un discours déjà cité, il ne s'en suit pas que si le fait est accompagné de circonstances qui caractérisent un délit, on ne puisse rendre plainte. Alors le délit serait jugé par le tribunal de police correctionnelle et il pourrait y avoir lieu à l'application des peines portées par la loi du 28 septembre 1791 qui a prévu les cas de déplacement de bornes et d'usurpation de terres, considérés comme délits. » — Mais il existe un dissentiment sur l'influence de la poursuite correctionnelle sur le possessoire. D'après Curasson, la prescription annale serait nécessairement interrompue, car le fondement de l'action correctionnelle c'est la Possession, et il serait choquant qu'après avoir fait condamner son adversaire pour délit contre la Possession, la victime du trouble eût perdu l'avantage de cette Possession annale, alors que l'art. 2246 du Code

accorde à la citation, devant un juge même incompétent, la puissance d'interrompre la prescription. Cette opinion n'a pas prévalu ; elle est contraire, en effet, à cette règle de doctrine certaine que l'interruption de la prescription ne s'étend pas d'une action à une autre, règle que nous retrouverons à propos de l'influence de la poursuite au Possessoire sur le pétitoire et vice versa (1). (V. Troplong, n° 658 et n° 674. Carré-Chauveau, Quest. 107 ter; Aubry et Rau, 186, texte et note 19).

(1) Or, il est d'évidence que l'action civile n'est pas l'action Possessoire, et l'art. 23 Pr. est trop formel, le resultat des deux procédures trop différent pour qu'il puisse y avoir confusion. L'une est réelle, l'autre personnelle, l'une tend à la restitution de la chose, l'autre seulement à des dommages-intérêts. Quant à l'argument tiré de l'art. 2246, il est inexact ; c'est *l'action possessoire* intentée par erreur devant un juge incompétent qui interrompt la prescription, non pas une action quelconque.

CHAPITRE IV

DES DIVERSES ACTIONS POSSESSOIRES

I. — *De la Complainte.* — 243. Définitions. Condition. — 244. A. Du Trouble de fait. — 245. Nature et signification du trouble. Faut-il une « controversia de possessione » Divergence des auteurs. — 246. Examen des solutions proposées 1° par Bélime. — 247. 2° par Aubry et Rau. — 248. Discussion. Conclusion. — 249. Il n'est pas nécessaire que le trouble soit constitué par une entreprise sur le terrain même du possesseur. — 250. Une atteinte éventuelle, mais certaine à la Possession, suffit à constituer le trouble. — 251. Le trouble ne doit pas nécessairement causer préjudice. — 252. Du trouble autorisé par convention. — 253. Du trouble résultant d'un titre légal. Hypothèses diverses. — 254. Du trouble résultant des faits de l'administration. — 255. B. Du trouble de droit. — 256. Des simples menaces. — 257. Des demandes en justice. — 258. Des Actes de Disposition de la chose d'Autrui. — 259. Du trouble au cas d'exécution des jugements. — 260. Du trouble résultant de procès verbaux. Exception préjudicielle de surséance aux fins civiles. — 261. Renvoi pour les autres règles de la complainte.

II. — *De la Récréance.* — 262. Définition. Origine. — 263. La Récréance sous l'ancien Droit Controverse. 1re conception de la Récréance. — 264. Deuxième manière de concevoir la Récréance. Théorie de Pothier. — 265. Critique des théories de l'Ancien Droit. Conclusion. — 266. La Récréance de Pothier admise par la jurisprudence et une partie de la Doctrine. — 267. Motifs qui nous font adopter la solution contraire. Impossibilité de concevoir une seule hypothèse où le juge ne puisse statuer sur la possession. — 268. Suite. Conclusion.

III. — *De la Dénonciation de Nouvel Œuvre.* — 269. De la D. de N. OE. en Droit romain. — 270. La D. du N. OE. dans Boutheiller. — 271. La D. de N. OE. à partir du XVIe siècle. Caractères. Divergences des auteurs. — 272. Silence de nos Codes. Insuffisance de la loi de 1838. La D. de N. OE. condamnée justement par la nouvelle loi belge de 1876. — 273. Divergence de la doctrine et de la jurisprudence avant la loi de 1838. — 274. Le législateur de 1838 a admis la D. de N. OE. à l'état d'Action distincte et séparée. Principes généraux de cette action. — 275. Du trouble dans la D. de N. OE. Ce qui constituera le trouble futur. — 276. Suite. — 277. Les travaux ou préparatifs de travaux constituant le trouble ne peuvent se trouver sur le fonds du dénonçant. — 278. Conclusion. La D. de N. OE. est une action possessoire. Conséquences.

IV. — *De la Réintégrande.* — 279. Notion générale. — 280. Origine et développement de la Réintégrande. — 281. La Réintégrande sous l'ancien Droit. Controverses. — 282. Le silence de la loi de 1790 et du Code de procédure condamne la théorie d'Henrion de Pansey qui a fait revivre la Reintégrande. — 283. Solution

qu'Henrion de Pansey avait sans conteste fait prévaloir dans l'ancienne jurisprudence. — 284. La loi de 1838. L'intention évidente du législateur a été d'adopter le système de la jurisprudence. — 285. Conclusion.— 286. Nature de la Réintégrande. — 287. Elle n'exige pas de possession annale ni même de Possession. — 288. Caractères de la Détention exigée. — 289. Objet de la Réintégrande. — 290. De la Dépossession et des circonstances spéciales de la dépossession exigée pour la Réintégrande. — 291. De la Violence et de la Voie de Fait. — 292. Contre qui la Réintégrande peut-elle être intentée? — 293. Peut-elle l'être contre le tiers détenteur? — 294. Moyens de défense de l'auteur de la violence. Condamnations qu'il encourt. — 295. Autorité de la décision sur Réintégrande. Cumul avec la Complainte. — 296. La Réintégrande ne peut être demandée incidemment au petitoire, ni accessoirement devant les tribunaux de répression.

I. — De la Complainte

243. — La complainte est une action possessoire qui appartient à toute personne « qui, par elle-même ou par autrui, possède un immeuble corporel « animo domini » ou exerce comme lui appartenant un droit de servitude, de jouissance ou d'usage, susceptible de former l'objet d'une action possessoire » (V. Aubry et Rau, § 187 a) et qui a été troublée dans sa possession. Dans le système du Droit français, on a la complainte quand bien même le trouble serait allé jusqu'à la dépossession (1). La complainte est donc l'action possessoire par excellence, elle comprend la Réintégrande si on entend cette dernière dans le sens de simple action pour cause de dépossession. C'est là un des résultats du principe nouveau de l'annalité, en vertu duquel, en perdant la détention, on ne perd pas absolument et définitivement la possession jusqu'à l'échéance de la prescription annale.

On voit, par suite, combien la complainte diffère de l' « Uti possidetis »: 1° elle n'est pas donnée au possesseur actuel; 2° elle est à la fois « retinendæ et recu-

(1) V. Aubry et Rau, loc. cit., p. 153-154; Wodon, n° 112. — Il est a remarquer aussi, et c'est là un point sur lequel nous aurons à revenir, qu'en raison de l'annalité, la complainte existe contre le tiers détenteur aussi bien que contre l'auteur du trouble.

perandæ possessionnis (Appleton, § 347; Wodon, 112; Bélime, 206; A. et R., § 184, note 2 (1).

Son efficacité et son champ d'action sont donc bien plus considérables que ceux de l'Interdit. Elle concourt, comme nous le verrons, avec la dénonciation de N. Œ., la Récréance n'est qu'une action incidente ; la Réintégrande, qu'une espèce d'action préjudicielle en définitive ; on peut donc dire qu'elle résume en elle seule tout le système possessoire.

Réduite à sa plus simple expression, la complainte ne tend qu'à la déclaration judiciaire de la Possession annale, les chefs de maintenue ou de réintégration ne sont pas essentiels (2).

La complainte est recevable contre l'auteur d'un trouble de Possession ou contre celui qui l'a fait commettre. Le trouble est constitué par tout acte qui porte atteinte à la Possession : « Turbatio dicitur fieri per quamcumque molestiam et impedimentum » (Rebuffe)(3).

On distingue deux sortes de trouble : *le Trouble de Fait et le Trouble de Droit*, que nous allons étudier successivement.

244. — A. — Du Trouble de Fait. — Le trouble de fait, dans sa nature, doit être entendu de la manière la plus large, la plus extensive. Toute agression matérielle contre la Possession constitue un trouble de fait (A. et Rau, § 187, note 23). Le droit de résister à l'usage qu'un tiers veut faire malgré vous de votre

(1) C'est ce que Curasson n'a pas nettement marqué (V. n° 522).

(2) Proux-Lagier et Pialat sur Curasson, II, p. 17, note a, semblent dire que c'est là une espèce de subtilité. « Aussi, depuis la séparation constitutionnelle du pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire, le besoin de garantir les intérêts privés sans mettre obstacle à l'action de l'administration dans les matières du domaine public, a fait imaginer cette nouvelle forme de la complainte : on obtient ainsi un titre pour justifier plus tard une demande d'indemnité. » Mais il nous paraît évident que si on intentait la complainte pour ce seul chef : maintien de la possession, sans aucune autre conséquence, même en dehors du trouble émanant de l'administration, la complainte serait parfaitement recevable.

(3) Cité par Curasson, n° 523. — Cpr. Aubry et Rau. « On entend par trouble, dans le sens général de ce mot, tout fait matériel ou tout acte juridique qui, soit directement et par lui-même, soit indirectement et par voie de conséquence, constitue ou implique une prétention à la Possession d'autrui. »

chose est absolu et ne comporte ni exception ni distinction, et toute entreprise de ce tiers constituera un trouble (V. Curasson, n° 526, Cass., 6 avril 59; Sir., 59, 1, 593). Pothier, Poss., n° 102, nous donne des exemples de troubles de fait: « On appelle ainsi, dit-il, les différents faits par lesquels quelqu'un entreprend quelque chose sur un héritage dont je suis en possession, soit en labourant, soit en coupant les fruits qui y sont pendants, soit en y abattant quelque arbre, ou en arrachant quelque haie, ou en comblant un fossé, ou en y ouvrant un. Je puis prendre pour troubles à ma possession les entreprises faites sur mon héritage résultantes de quelqu'un de ces différents faits, et, en conséquence, intenter la complainte contre celui qui les a faites » (1).

Il est donc facile de reconnaître quels faits pourront constituer le trouble. Mais il existe une vive controverse sur le point de savoir si les faits matériels d'entreprise, du genre de ceux dont nous venons de parler, ne doivent être qualifiés troubles possessoires que dans le cas où ils sont commis avec l'intention de faire échec à la possession d'autrui (2).

246. — On ne compte pas moins de trois opinions différentes. Les uns, comme Bélime, 319 (p. 345); Molitor, n° 114 *bis*; Pardessus, n^{os} 323-329; Daviel, L. 471 *bis*, décident qu'il faut une prétention possessoire contraire, et que le trouble doit être apprécié d'après l'intention de celui qui en est l'auteur. Et voici le seul palliatif qu'ils admettent : « Si le fait était de nature à faire croire que l'intention existât et que le défendeur assigné prétendit n'avoir pas eu cette intention, *le juge de paix se déclarera incompétent* mais les frais de procédure faits jusqu'alors devraient être réservés pour être supportés par la partie qui succombera devant le

(1) Cpr. Pomponius, L. 11, de Vi, 43, 16. « Vim facit qui non sinit possidentem eo quod possidebit uti arbitrio suo: sive in serendo, sive fodiendo, sive arando, sive ædificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. »

(2) Nous avons déjà rencontré cette question en Droit Romain (V. n° 88), et nous avons décidé qu'on n'exigeait pas de « controversia de possessione » d'une façon absolue.

juge compétent. » (V. en ce sens, Cass. civ., 2 juill. 77; Sir. 78, 1-37). Cette opinion n'est pas soutenable(1); c'est au demandeur seul qu'il appartient de qualifier l'action, comme nous le verrons plus bas ; c'est sur ses conclusions que le juge est ou non compétemment saisi. D'autre part, la déclaration d'intention du défendeur n'est pas une exception que la loi lui accorde expressément, et l'exception même n'enlèverait pas à l'action primitive son caractère originel. Enfin la suite nécessaire d'une déclaration d'incompétence, c'est le dessaisissement du juge. Il doit statuer, dores et déjà, sur les dépens et condamner le demandeur qui s'est trompé. C'est seulement quand il y a une question préjudicielle sujette à renvoi que le juge pourrait réserver les frais, et il resterait d'ailleurs saisi pour statuer définitivement après la solution de la question préjudicielle. Toutes ces raisons combinées doivent faire rejeter l'opinion qui prétend que le trouble doit être considéré subjectivement dans la personne du défendeur. (V. Aubry et Rau, § 187, note 26).

247. — Une seconde opinion considère le trouble objectivement, « in abstracto. » Nous avons indiqué plus haut (n° 243, à la note), comment MM. Aubry et Rau, qui admettent cette opinion, définissaient le trouble. Le trouble, d'après eux, doit *constituer* ou *impliquer* une prétention contraire à la possession d'autrui. A l'inverse, « les faits dommageables qui de *leur nature et d'après les circonstances* dans lesquelles ils ont eu lieu, n'indiquent de la part de leur auteur, ni prétention à un droit, ni contestation de la Possession de celui au préjudice duquel ils ont été commis, ne constituent pas des troubles de Possession. De pareils faits peuvent bien donner lieu à une action en dommages-intérêts, mais n'autorisent pas la complainte, et le juge de paix devrait, dans ce cas, se dessaisir, à moins qu'il ne fût

(1) Ce serait exiger en Droit Français un « judicium duplex » dans toutes les hypothèses. Nous avons condamné cette opinion en Droit Romain. Elle doit être écartée ici par un « a fortiori » ; notre procédure répugne bien plus que celle des Interdits à une pareille conception. (V. n° 80).

compétent pour statuer sur la demande considérée comme action en dommages-intérêts. » (V. aussi Cass. 29 mars 58 ; Dall., 58, 1-217.—1er févr. 64 ; D. 64, 1-91).

Nous avons combattu ce point de vue comme trop étroit en Droit Romain, nous ne reproduirons pas ici toute notre argumentation, il nous suffira d'y renvoyer (V. nos 80, 88). Nous nous contenterons de remarquer que cette opinion rend bien difficile la tâche du juge qu'on veut obliger à rechercher une intention présumée de contestation que la loi n'exige nulle part et à propos de laquelle la nature des faits sera tout-à-fait insuffisante la plupart du temps, et la déclaration de l'adversaire décisive. Si, en effet, j'arrache une haie séparative, on pourra dire qu'un tel fait implique une prétention à la possession du sol ; mais si je cueille simplement des fruits à un arbre, est-ce seulement un fait de maraudage, est-ce un fait de Possession ? Il faudra donc que, pour vérifier sa seule compétence, le juge se livre à une instruction des plus compliquées dans nombre de cas ou bien il faudra qu'il fasse dépendre cette compétence de la déclaration du défendeur, et c'est rentrer dans le système précédemment condamné. Ainsi, dans l'espèce dont il s'agit, supposons que le voisin ait cueilli les fruits des arbres qui séparent les deux héritages ou coupé les émondes ; assigné devant le juge de paix, il déclare qu'il ne conteste pas la Possession, qu'il a cueilli les fruits et coupé les émondes, s'y croyant autorisé, parce que les branches venaient sur son terrain ; le juge de paix devra-t-il néanmoins se déclarer compétent ? Evidemment, oui. La formule proposée par MM. Aubry et Rau est donc trop étroite ; elle est aussi, comme la précédente, en opposition avec cette règle de procédure que c'est la demande, que ce sont les conclusions qui fixent la nature de l'action ; elle est contraire à la pratique constante ; toujours on voit le demandeur solliciter acte de ce qu'il prend le fait posé comme trouble porté à sa Possession ; elle est contraire enfin à la nature essentielle de la complainte, dont le but principal est de faire judiciairement reconnaître la Possession. Elle a aussi

cette conséquence que, sur le défaut du défendeur, le demandeur sera obligé de fournir la preuve que sa Possession a été atteinte par une entreprise qui implique prétention contraire à sa Possession, alors que le plus souvent ce seraient les dires et soutiens seuls de l'adversaire qui pourraient caractériser le fait.

248.—Nous estimons donc qu'on doit considérer, comme pouvant donner ouverture à la complainte, un trouble qui n'impliquera aucune prétention contraire, qui n'était de nature à faire acquérir aucun droit, mais qui a atteint la Possession de quelque façon que ce soit. Prenons par exemple, un fait de passage ; il pourrait paraître difficile, dans l'opinion contraire, d'y voir un fait impliquant prétention si nous supposons que celui qui exerçait le passage ait nettement déclaré qu'il n'a pas de titre. Il continue à passer néanmoins. Pourra-t-on dire que, dans ce cas, on n'aura pas l'action Possessoire pour l'en empêcher? Tout fait donc qui attaque la Possession est un trouble et son caractère n'importe. A plus forte raison est un trouble tout fait bien caractérisé entraînant « controversia de possessione ». — Du reste, cette discussion a surtout pour effet de bien dégager les principes ; dans les espèces qui se présentent d'ordinaire on peut trouver le plus souvent qu'elles impliquent « in abstracto » une prétention, si minime soit-elle, à une Possession contraire. Dans le Droit Romain, où il semble que le trouble ne puisse se concevoir sans « controversia de possessione », ne trouve-t-on pas la solution suivante : « Videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione», et n'avons nous pas conclu que cette « controversia » n'existait pas toujours et nécessairement ; ou bien qu'alors on donnerait le nom de « controversia de possessione » à une entreprise qui ne comporte aucune prétention contraire à celle du plaignant? Cela serait sans doute excessif, mais il n'y aurait plus en définitive qu'une divergence de mots et non de doctrine. — Et il pourrait bien en être de même ici. MM. Aubry et Rau nous disent, en effet, plus loin, après avoir posé les principes indiqués plus haut : « Pour décider si les faits allégués, comme

constituant une agression matérielle contre la Possession, ont ou non ce caractère, il faut bien moins s'attacher à leur nature particulière qu'aux résultats qu'ils ont produits en ce qui concerne la Possession (1) (loc. cit., note 27). Or, d'après nous, précisément, ce qu'il faut seulement examiner, c'est le point de savoir si la Possession est atteinte par l'acte posé, sans rechercher la signification que peut donner à cet acte sa nature ou l'intention de son auteur. On voit combien nous sommes près d'être d'accord. Pour MM. Aubry et Rau, il faut, sans doute, que l'acte comporte ou implique contestation ; mais pour savoir si l'acte a ce caractère, ce sont les résultats qu'il a produit sur la Possession qu'il faut considérer, c'est-à-dire, sans doute, il faut voir si la Possession a été atteinte ; pour nous, il faut considérer avant tout si la Possession a souffert de l'acte pour décider si l'on doit le qualifier trouble. Les deux opinions conduisent donc à peu près au même résultat pratique. (Cpr. Appleton, § 350 ; Bourbeau, 338 ; Wodon, n° 93 et suiv.; Carou, 606 ; Cpr. Cass., 20 nov. 71 ; S. 72-1-26).

Mais il faut que ce soit la chose qui ait été atteinte et non pas la personne même (2). Il faut qu'il n'y ait pas, dans l'assignation même du demandeur, la preuve que l'ac-

(1) D'autres auteurs décident que l'action est bien intentée, pourvu que le Possesseur *ait pu douter* de l'intention de la partie adverse. (V. Poux-Lagier et Pialat sur Curasson II, p. 26, note *a*).

(2) Il y a beaucoup de faits sur lesquels l'hésitation est difficilement concevable, par exemple un fait de chasse, une destruction en cas d'incendie ou d'inondation ; mais le fait de cueillir des fruits, dont nous avons parlé plus haut, le fait, par le voisin, de ne pas réparer sa maison qui menace ruine (V. Dalloz, n° 123) ? Dans ces hypothèses, l'opinion contraire n'est-elle pas trop peu compréhensive ? Aussi n'acceptons-nous pas la théorie déposée dans un arrêt de la Cour de Cassation, 1er février 1864 (D. 64-1-92), qui a refusé la complainte à un blanchisseur qui se plaignait du dommage causé aux toiles qu'il étendait sur un pré voisin de la voie, par un mode de chauffage contraire aux règlements. (V. aussi Cass. 3 août 52, D. 52.1.198 et Cass. 29 mars 58, D. 58,1,217. La question serait la même pour les mauvaises odeurs et autres hypothèses analogues). — Au contraire, on ne saurait qu'approuver une autre décision dans laquelle la Cour de Cassation a reconnu qu'il y avait trouble pour le Possesseur d'un fonds dans les fouilles pratiquées pour extraire des pierres meulières, alors même qu'elles n'impliqueraient d'autre droit que le simple droit mobilier de fouilles et d'extraction, *si le demandeur a conclu à la maintenue en possession de son héritage, sans distinguer la surface et le tréfonds* (Cass. 16 juin 68, D. 69.1.99).

tion n'est pas Possessoire. Si le demandeur intente la complainte en raison d'un vol de fruits, d'enlèvement de matériaux déposés sur le fonds, d'un fait de passage ou de chasse isolé, de simples dommages, il est évident que la complainte n'est pas recevable. — De même s'il n'avait pas de motif sérieux de crainte pour sa Possession et s'il n'a pris cette voie que pour faire statuer le juge de paix sur une demande supérieure à deux cents francs, ou sur une demande indéterminée, s'il a tenté seulement d'intervertir les juridictions, le juge de paix devra se déclarer incompétent. Ces restrictions au principe posé sont imposées par les règles générales et nous n'avons pas à insister sur ce point (1).

Il résulte des explications présentées sur la complainte qu'il sera de peu d'importance que le trouble ait été total ou partiel ; sa gravité et sa durée sont aussi de peu de considération ; il résulte d'autre part de notre théorie sur le trouble qu'il est sans importance que le fait de trouble ait été ou non capable de faire acquérir un droit, qu'il ait été violent ou entaché de clandestinité, qu'il ait été ou non fondé sur un titre; il suffit que la Possession soit atteinte et que le Possesseur ait pu raisonnablement se croire menacé. Les faits posés qui n'inquiéteraient que la personne ou le droit de propriété ne seraient pas suffisants pour constituer le trouble.

249. — Mais il n'est pas essentiel que l'immeuble soit matériellement atteint par le trouble de fait, il n'est pas nécessaire que l'acte soit accompli sur le terrain même du Possesseur complaignant. Il faut et il suffit que la libre jouissance soit réellement entravée, voilà tout. Ainsi en matière de cours d'eau le trouble résulte souvent de faits posés par un Possesseur qui n'est pas même un voisin. C'est par exemple un barrage élevé en amont

(1) Enfin quid du trouble *par omission* ? Par exemple le possesseur du fonds servant doit faire des travaux pour faciliter l'exercice de la servitude. Le Possesseur du fonds dominant, s'il ne sont pas exécutés peut-il se dire troublé ? Nous retrouverons cette question en parlant des servitudes et nous verrons que cette obligation n'étant que l'accessoire de la servitude, il y a trouble.

qui trouble non seulement le riverain de l'autre bord mais aussi et surtout les rivains en aval. — De même il résulte souvent d'ouvrages établis sur son propre fonds la prétention d'exercer un droit de servitude sur le fonds voisin. Lorsqu'on ouvre des fenêtres, lorsqu'on fait des plantations à une distance moindre que la distance légale il y a trouble causé à la Possession du voisin. De même aussi on peut sur son propre terrain entreprendre des travaux qui troubleront la Possession d'une servitude acquise au fonds voisin, mettre une barrière qui entrave un droit de passage, élever un mur qui nuise à une servitude de vues ; tous ces faits constituent des troubles. (Cpr. Aubry et Rau § 187 texte et note 28, Troplong n° 320; Daviel, Cours d'Eau, II, 584; Appleton § 351 ; Wodon n° 104.)

250. — On s'est demandé s'il y avait trouble quand l'atteinte à la Possession n'était qu'éventuelle, mais d'ailleurs certaine (1). Nous n'hésitons pas à adopter l'affirmative. C'est un point que nous examinerons plus en détails à propos de la dénonciation de Nouvel Œuvre. Qu'il nous suffise d'indiquer que selon nous pour le trouble éventuel la complainte et la Dénonciation de Nouvel Œuvre concourent successivement, que même cette dernière n'est qu'une branche de la complainte(2). Supposons en effet que j'aie sur le fond du voisin une servitude « altius non tollendi » ou une servitude « non ædificandi. » Le voisin se prépare à construire, il a réuni des matériaux, creusé pour établir des fondations, mais rien encore ne sort du sol ; la Possession de ma servitude n'est pas troublée à la lettre, mais il est certain qu'elle le sera. Dans ce cas et autres semblables, nous estimons qu'on doit avoir la complainte (3) presque

(1) Cpr. A. et R. loc. cit. note 23. V. Aussi Cass. 7 avril 75. D. 75. 1. 381.

(2) Mais il est à remarquer qu'elle est moins ample, elle ne saurait faire obtenir que la suspension des travaux, non pas leur destruction suivant certains auteurs, d'autres au contraire n'y voient qu'une forme de la complainte. (V. plus loin, n°s 275-277.)

(3) Selon nous, la D. de N. Œ est utile en ce sens surtout qu'elle permet d'accorder la maintenue dans des cas particulièrement difficiles où l'on pourrait hésiter à voir un préjudice certain : par exemple, on

concurremment avec la D. de N. Œ. (Contra Wodon, n° 106; Cpr. Troplong, 320).

251. — C'est un point également controversé que celui de savoir s'il est nécessaire que le trouble ait causé un préjudice. Certains arrêts anciens, rapportés par Dalloz (V° Act. posses., 71-80, 702) exigeaient qu'il y eût un dommage réel par ce motif que l'intérêt doit être la mesure des actions aussi bien au possessoire qu'au pétitoire. Mais cette doctrine est aujourd'hui unanimement abandonnée en doctrine et en jurisprudence. Il n'est pas besoin que les faits aient encore causé aucun dommage matériel ou qu'ils soient de nature à en causer. L'intérêt de l'action possessoire, en effet, ne réside pas dans la réparation du dommage, qui n'en est que l'accessoire; mais, comme nous l'avons constaté, dans la maintenue, dans la reconnaissance de la Possession (1). Il y avait donc dans l'opinion contraire une confusion palpable et une application erronée de la maxime : Pas d'intérêt, pas d'action (V. A. et Rau, loc. cit., note 22 et arrêts cités ; Bélime, n° 317 ; Appleton, § 352; Wodon, 105) (2).

Le trouble, d'ailleurs, ne saurait résulter d'un acte qui, loin d'atteindre la possession, ne serait que le maintien d'un état de choses antérieur, si cet état

creuse chez le voisin une bétoire et j'ai lieu de craindre, d'après la nature du sol, que les eaux ne s'infiltrent dans ma cave. Mais cela n'est pas certain, et je n'ai d'ailleurs aucun droit de servitude ; je ne puis invoquer aucune obligation spéciale de voisinage (constituent des hypothèses analogues, l'existence de fosses d'aisance, d'écuries dans une maison neuve non encore occupée). J'intente la D. de N. Œ dont la conception spéciale rendra mon action recevable sans difficulté. Ce n'est, d'ailleurs, étant donné que nous considérons la D. N Œ., sauf dans une hypothèse très restreinte, comme une branche de la complainte, qu'une observation pratique, qu'un moyen sûr d'éviter les difficultes, d'échapper aux controverses.

(1) Si, d'ailleurs, les ouvrages constituant le trouble ont disparu avant l'assignation, le but essentiel de la complainte ayant été obtenu, l'action ne serait pas recevable. Il n'y a plus qu'une simple action en dommages-intérêts (Wodon, 107. ; Cass., 4 août 1852, D, 52, 1, 197)

(2) V. aussi Cass., 5 avril 69, D. 69, 1, 124. Si, en dehors de toute attente matérielle, l'adversaire répond à l'action par une demande reconventionnelle, il y a là, dans tous les cas, un trouble suffisant pour qu'il n'y ait même pas à examiner notre question. « Quant au trouble, disait Imbert, n'est mestier de le montrer si le défendeur a défendu par contraires possessions, parce qu'en défendant, il trouble. »

de choses avait déjà acquis auparavant la consécration de l'annalité (1). L'entretien, les réparations qu'on pourra faire dans ce cas à un ouvrage ne donneront pas ouverture à la complainte. Il faudrait au moins une innovation, sinon une aggravation à la possession précédente (Cpr. A. et R., loc. cit, note 32-33).

252. — Nous avons à traiter maintenant une question très grave et très importante par ses conséquences. La complainte est-elle recevable, ou plutôt bien fondée quand le trouble est autorisé soit par une disposition légale, soit par une convention intervenue entre les parties? Ce n'est là qu'une forme de la question suivante: Quelle est, au possessoire, la valeur d'une exception basée sur l'usage d'un droit ou d'un contrat, et dans quelle mesure et sous quelle forme les exceptions peuvent-elles être opposées à l'action possessoire? — Et, à l'inverse, la notion du trouble peut-elle être élargie lorsqu'un titre conventionnel ou légal prohibe certains actes? Une partie des difficultés qui naissent à ce sujet seront spécialement traitées à propos des servitudes conventionnelles ou légales et dans la procédure à propos du pouvoir qui appartient au juge d'examiner les titres et de l'étendue de ce pouvoir. Nous nous contenterons d'indiquer ici le principe de solution et quelques hypothèses spéciales.

En règle, le défendeur ne peut se justifier en alléguant simplement qu'il n'a fait qu'user d'un droit (A. et R., § 187 4° et note 56; Appleton, § 353). C'est un point certain, en doctrine et en jurisprudence. Une exception nettement posée « feci sed jure feci » ne saurait prospérer. Mais il peut, d'une part, discuter le caractère de la possesion alléguée, et même prouvée par le demandeur, et montrer qu'elle est énervée par un vice, notamment qu'elle est équivoque et précaire et qu'elle a été aliénée pour partie. Il peut, d'autre part, discuter le caractère et la portée du fait posé comme trouble. Le fermier poursuivi au possessoire

(1) A ce sujet, l'exercice des servitudes, l'usage des cours d'eau comportent des observations spéciales que nous renvoyons aux chapitres suivants.

par son bailleur peut, selon nous, incontestablement opposer qu'on lui a cédé l'élément matériel de la possession; ce n'est pas une exception pétitoire, le juge n'a pas à apprécier les clauses du bail; il a à apprécier s'il y a possession et s'il y a trouble. Or, la possession n'est pas contestée; quant au trouble prétendu, ce n'est pas un trouble possessoire, car il n'atteint pas, en définitive, la possession, puisque le bailleur y a consenti. La convention alléguée ou le titre légal ne sont donc pas présentés à titre d'exception; ils sont versés au procès à titre d'éléments de fait, ils sont présentés comme des arguments, des présomptions qui servent à apprécier le caractère de la possession invoquée, le caractère du trouble allégué. Le juge peut ensuite, en s'appuyant sur eux, déclarer, en point de fait, que le trouble, dans l'espèce, n'existe pas ou que la possession manque d'un des éléments essentiels. Comme nous le verrons à mainte reprise, comme cela ressortira de toute cette étude, refuser au juge du possessoire le droit de connaître des titres conventionnels ou légaux, en tant seulement qu'ils servent à colorer le possessoire ou à caractériser l'intention du possesseur, et la véritable nature du fait posé contre la Possession, c'est en pratique rendre impossible l'instruction du Possessoire.

Il suit de là que tout fait autorisé par une convention ne pourrait être considéré comme trouble (Cass., 4 déc. 72; Dall. 74; 5-14). Ainsi l'acheteur qui se met en Possession ne commet pas un trouble si la vente est pure et simple ou si le terme fixé pour l'entrée en jouissance est arrivé, car la Possession du vendeur se trouve entachée de précarité. Pour le preneur qui se met en Possession sans la délivrance expresse du bailleur, la question peut paraître difficile car le bail ne comporte pas cession de Possession. Mais, selon nous, il suffit pour qu'il n'y ait pas trouble, que le possesseur ne puisse raisonnablement supposer que son droit de Possession soit atteint. Or le preneur en agissant en vertu du contrat ne touche pas à ce droit. A plus forte raison le preneur mis en Possession

volontairement pourrait-il résister avec avantage, pendant le cours du bail, à une action possessoire du bailleur demandant à rentrer en Possession (Pour le bailleur et l'usufruitier (1) qui veulent se maintenir après l'expiration du terme fixé, ce sont, selon nous, des usurpateurs ordinaires, et on a contre eux l'action possessoire concurremment avec l'action en restitution résultant du titre conventionnel ou légal (nos 311 et 315).

253. — Supposons maintenant qu'on invoque un titre légal. Sauf ce que nous dirons des actes de pure faculté, et aussi longtemps qu'il n'existe pas de Possession contraire, le fait allégué pourra n'être pas qualifié trouble (Cpr. Wodon, 693; Appleton, § 354). Ainsi le nu-propriétaire veut faire les grosses réparations urgentes, l'usufruitier ne saurait se dire troublé quand même sa jouissance devrait souffrir du passage des ouvriers et du dépôt des matériaux; au contraire, le nu-propriétaire qu'on empêche de pénétrer sur le fonds pour faire ces grosses réparations est troublé; de même le bailleur dans l'hypothèse de l'art. 1724, si le preneur ne veut souffrir qu'il fasse les réparations urgentes.

— Le trouble doit aussi être conçu d'une façon particulière dans l'hypothèse de co-propriété ou de jouissance commune. Le communiste qui use de la chose conformément à sa destination et sans nuire aux autres ayants-droit, ne commet pas de trouble. Aussi le fait d'avoir sans le consentement de l'autre communiste, adapté à son bâtiment un conduit déversant les eaux sur une cour commune, ne donne pas ouverture à l'action possessoire entre communistes (Cass., 7 avril 75; Sir. 75. 1.299). Un pareil fait au contraire donnerait ouverture à la complainte s'il s'agissait de la cour du simple voisin. De même le fait d'appuyer des espaliers sur le mur mitoyen ne constitue pas un trouble, ni le fait en général d'user du mur mitoyen dans les limites fixées par la loi (657). Serait au contraire un

(1) Quant à l'abus de jouissance de l'usufruitier, à l'inexécution des clauses du bail, nous déciderons qu'il n'y a pas lieu à complainte.

trouble entre communistes tout fait qui aurait pour conséquence de *nuire* au droit égal du co-ayant cause, *d'étendre la jouissance* d'un seul aux dépens des autres contrairement à la nature et à la destination de la chose commune, ou même de donner origine à une *possession exclusive* (Cpr. Appleton, § 353 ; Cass., 13 déc. 76 ; S. 79. 1-469. — 22 juin 81 ; S. 82. 1-8).

Ne constituerait pas non plus un trouble le fait posé en exécution d'un jugement et d'ailleurs l'exécution d'un jugement ne se présente le plus ordinairement que comme trouble de droit. (V. plus bas n° 259).

254. — Enfin les faits posés par l'administration ne constituent un trouble que sous les distinctions suivantes :

Il ne faut pas considérer comme couverts par l'immunité administrative les travaux exécutés dans un intérêt purement privé avec l'autorisation de l'administration, par exemple un barrage (Nous aurons à traiter plus longtemps cette question en parlant du droit des riverains sur les cours d'eau en vertu de l'art. 644), et en général tout ce qui est fait, dans les cas où comme nous le verrons, l'autorisation n'est donnée (et souvent mention en est faite dans l'arrêté de l'administration) que sous la réserve des droits des tiers. Mais en dehors de cette hypothèse, on doit dire que l'acte de l'administration, les travaux opérés, la dépossession qui en résulte, tout ce qui est fait par l'administration elle-même en raison de ses pouvoirs généraux, dans la sphère de son action de police administrative dans un intérêt de voierie, de navigation, de sûreté et de salubrité, ne donne pas en principe ouverture à la complainte (Aubry et Rau, § 187, note 30 ; Appleton, § 354, 356 ; Bélime, 339). On peut seulement d'ordinaire se pourvoir selon les cas devant l'autorité supérieure et le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. Deux hypothèses seulement méritent une mention spéciale et nous nous contenterons de les indiquer sommairement, car il est impossible de faire comprendre complètement l'influence des actes administratifs sur la

Possession avant d'avoir parlé du domaine public. La première, c'est lorsque l'administration par ses travaux a seulement causé un *dommage* permanent. La plupart des auteurs et la jurisprudence (V. A. et R., loc. cit., note 31) décident dans ce cas qu'il y a lieu simplement à une action pour réparation du préjudice et qu'elle doit être portée devant les tribunaux administratifs. D'autres voient là une véritable expropriation partielle et l'assimilent à la seconde hypothèse. Cette seconde hypothèse est celle de l'*occupation* permanente, de la suppression d'une servitude active ou d'un droit d'usage légal, par exemple de la jouissance accordée aux riverains par l'art. 644. Alors, comme nous l'avons observé au début de ce chapitre, la complainte est accordée, mais ne saurait avoir pour résultat la maintenue en possession effective de l'immeuble ou du droit, mais la reconnaissance seulement de ce droit aux fins d'indemnité (Cpr. Belime, 335-341; Bourbeau, 314; Appleton, 445; Cass., 8 mars 64; D. 65. 1-61).

Il est à remarquer d'ailleurs qu'il faut que l'acte administratif ait été légalement posé. Ainsi le maire qui prend un arrêté pour exclure une catégorie d'habitants du pâturage des biens communaux commet un excès de pouvoir; il s'agit là d'une matière purement judiciaire, l'habitant qui avait la jouissance annale peut se pourvoir en complainte et le jugement qui admettra sa réclamation n'empiète pas sur les attributions administratives (1). De même un fait de trouble ne saurait être justifié par un arrêté de police postérieur, un tel arrêté fait obstacle sans doute à la démolition des travaux, à la remise des choses en leur premier état, mais le juge du possessoire doit rester saisi pour les dépens et les dommages-intérêts.

255. — B. — Du trouble de Droit. — Le trouble de Droit (2) est l'atteinte à la Possession résultant d'un

(1) Cass., 7 juin 48, S. 48, 1, 569. Cpr. Cass., 30 juin 69, Sir. 69, 1, 449.

(2) Le trouble de Droit est ancien dans la pratique française Cependant Rhodier et Carou, 703 et suiv. en ont consteste la légitimité.

acte juridique. Ce que nous avons dit du trouble de fait en ce qui concerne la signification qu'il doit avoir, la façon dont il faut comprendre la « controversia de Possessione » et l'élément dommageable etc., toutes ces explications s'appliquent au trouble de droit selon sa nature propre. Il est vrai que, la plupart du temps, l'acte juridique portera en soi une indication précise de l'intention de celui qui le pose et par suite la définition de MM. Aubry et Rau sera pleinement acceptable ici. Nous dirons donc que le trouble de Droit résulte de tout acte juridique qui directement ou indirectement, par lui-même ou par voie de conséquence constitue ou implique une prétention à la Possession d'un fonds ou manifeste une prétention contraire à la Possession d'autrui (V. Aubry et Rau, § 187, note 43 et arrêts cités. V. aussi 18 août 80, S. 82, 1, 398. 16 janvier 83, S. 84, 1, 159). Il est d'ailleurs important de remarquer qu'il suffit que le possesseur puisse être inquiété, il n'est pas nécessaire que l'acte soit de nature à faire acquérir Possession contraire à son auteur (Bélime, 316, 330. Bourbeau, 346. Curasson, 697. Pardessus II, 324). Pour être de nature à faire acquérir un Droit il devrait être dirigé contre la personne, mais on peut très bien prendre comme trouble l'acte judiciaire ou extra-judiciaire dirigé contre son représentant, par exemple la sommation faite à ses fermiers par un tiers de payer les fermages aux mains de ce tiers, (Appleton, 360. Aubry et Rau, loc. cit., texte et note 44. V. cep. Wodon, 111).

Le trouble de Droit peut se manisfester par tout acte juridique, judiciaire ou extra-judiciaire, assignations, sommations, mémoires adressés au préfet, écritures en défense, oppositions faites à l'administration qui prétend exécuter certains travaux. Il est évidemment impossible de donner une énumération complète (Curasson, n° 524). Constituera par suite un trouble de Droit la défense faite par acte extra-judiciaire au possesseur d'un fonds d'y élever des constructions (Aubry et Rau, loc. cit., texte et note 45), la sommation d'avoir à abandonner tout ou partie de ce fonds ou de souffrir qu'on y exerce un Droit de servitude.

256. — Mais faut-il nécessairement un acte écrit ou même un acte juridique? De simples menaces verbales ne suffiraient-elles pas? Nous avons déjà traité ce point en Droit romain (v. n° 90 et les notes 2 et 3) et nous avons conclu que le trouble par simples menaces n'était pas admis. Dans l'ancien Droit, le point était également controversé. Brodeau (sur l'art. 96. C. Paris, n° 7), considérait comme trouble de Droit le trouble : « par simples paroles dites judiciairement en plaidant... nonobstant que l'auteur du Grand-Coustumier, ch. 31, tienne que paroles ne suffisent pour soi complaindre. » Et d'Argentré sur l'art. 106, C. Bretagne : « le plaignement se fera dans l'an et jour du trouble fait ou *comminé*, » commente ainsi cette dernière disposition, comminé : « nam minæ et jactationes etiam verborum turbant, quia scilicet obsint possidenti, ne commode uti re sua possit. »

Cette opinion n'était pas généralement admise dans l'Ancien Droit (V. Curasson, n° 524) et aujourd'hui moins que jamais elle ne saurait prévaloir. La seule raison qui ait fait admettre le trouble de droit, c'est qu'il est déposé dans un acte émanant d'un officier de justice, qu'il a été enregistré, ce qui lui donne des éléments de certitude et de durée. Et on voudrait attribuer le même effet à des paroles fugitives, à des allégations de plaidoirie plus ou moins nettement formulées, plus ou moins bien comprises! C'est là une chose inadmissible; une simple lettre missive même ne saurait constituer un trouble légal, il faut un *acte juridique* de toute nécessité, si largement que cette expression puisse être étendue.

257. — Le trouble de droit ne résulte pas non plus de toute demande en justice quelle qu'elle soit. L'assignation en complainte constituera bien un trouble qui autorisera le défendeur à conclure reconventionnellement en maintenue, mais l'assignation en revendication ne constitue pas un trouble, non pas parce qu'elle contient ou implique comme on l'a dit renonciation à la Possession mais parce que c'est un de ces actes autorisés par la loi dont nous avons parlé plus haut (Pothier 103, Bé-

lime 335. Bourbeau 348, Merlin, Quest. V° Complainte; Aubry et Rau, loc. cit. note 50). Si une instance possessoire est engagée entre des tiers à propos de l'immeuble qu'on possède, on peut prendre ce débat comme un trouble à sa Possession et intervenir au procès, tout le monde en tombe d'accord et nous verrons que la règle ancienne, « complainte sur complainte ne vaut, » n'est plus admise dans la législation moderne. Mais si des tiers se disputent l'héritage au pétitoire il existe une très vive controverse. Les uns, comme Bourbeau (349), Bélime (336-337) accordent la complainte au possesseur, par ce motif que s'il laissait rendre le jugement, il serait forcé de former tierce opposition si l'on prétendait qu'il a été représenté. D'autres (notamment Appleton, § 358), estiment qu'il n'y aurait pas lieu à tierce opposition et que la voie de la complainte n'est pas fermée. Ce n'est pas en effet l'instance pétitoire ou le jugement sur cette instance qui peuvent constituer le trouble et ce sont « res inter alios acta ». Il y aura trouble au contraire si l'on veut exécuter le jugement contre le possesseur. Nous nous rangeons à cette dernière opinion.

258. — Nous ne verrons pas non plus de trouble à la jouissance dans le fait par un tiers de vendre ou d'hypothéquer l'immeuble du possesseur, c'est une attaque contre la propriété et non contre la Possession. L'opinion contraire n'est qu'une application du faux principe déjà combattu en vertu duquel la Possession annale ferait présumer la propriété (1). (V. en ce sens, Appleton, « loc. cit. » Bélime, 332, 333, Aubry et Rau, « loc. cit. » texte et note 49 et Wodon, n° 110.— Contra: Garnier. Bourbeau, 346, Bioche, n° 52. Leligois, V° complainte, n° 36, et J^ment^ de Paix, Ponts-de-Cé, 14 mars 70. Bull. Déc. J. Paix, 12, p. 179. V. aussi J. de Paix. Bourg St-Andéol, 31 janvier 64, « eod. loc. » 11, p. 273.

(1) Le fait que l'hypothèque aurait été inscrite, le contrat de vente transcrit, influera-t-il sur la question? Oui, disent les auteurs qui soutiennent l'opinion contraire, surtout si le titre est explicite au sujet de l'entrée en jouissance. Nous pensons au contraire que ces faits qui ne touchent pas directement la Possession ni le possesseur ne changent pas la solution.

259. — L'exécution des Jugements peut aussi suivant les circonstances constituer un trouble. Nous avons vu il est vrai, que l'exécution matérielle d'une disposition d'un jugement contre la partie condamnée n'est pas un trouble. De même tout acte d'exécution qui par sa nature constituerait un trouble de droit ne donne pas ouverture à la complainte s'il est dirigé contre la partie qui a défendu au procès, ou qui est intervenue sur l'instance (V. Bioche, act. poss. 23, Carou, 606, Appleton, § 355, Bélime, 337 et suiv.) Mais si l'exécution est dirigée contre un possesseur qui n'a pas été partie au procès, il a la complainte. Ainsi la Cour de Cassation a décidé (7 févr. 49, S. 49. 1. 401) qu'un tiers possesseur de parcelles comprises par erreur dans une saisie avait la complainte, qu'il était troublé par l'adjudicataire qui voulait se mettre en possession en vertu du jugement intervenu sur cette saisie. Il est à remarquer toutefois que dans cette espèce *on ne prétendait pas que le tiers eût été représenté.* On invoquait l'art. 478 pr. et la règle qu'il n'y a pas de trouble quand on invoque un mandat de justice (L. 155, § 1, R. J.). Or, cette argumentation était évidemment insuffisante, car l'adjudicataire n'avait pas d'autres droits que ceux du saisi et le Jugement d'adjudication ne portait aucunement atteinte à ceux des tiers.

Mais si l'on opposait au contraire que le tiers a été representé dans l'instance on en revient à cette grave controverse : la tierce-opposition est-elle facultative, est-elle en certains cas obligatoire et dans quel cas ?

C'est un point que nous retrouverons à propos de l'intervention.

Les auteurs sont généralement opposés à la complainte ; nous estimons, au contraire, qu'il y a trouble ; les jugements ne sont bons que contre ceux contre qui on les obtient et on ne saurait prétendre faire échec à la Possession avant que précisément il ne soit certain que le tiers, contre lequel on prétend l'exécuter, a été représenté.

260. — Une dernière question nous reste à traiter. Les procès-verbaux de contravention, ceux dressés par

legarde-champêtre, par exemple, à raison de faits de Possession sur un terrain que la commune prétend dépendre du chemin communal (Cass., 18 août 80; S. 82-1-398), par l'administration des domaines, à propos de travaux faits sur les fossés d'un chemin dont le domaine prétend avoir la Possession (Cass., 13 juin 43; S. 43-1-590), et en général tout procès-verbal dressé à la requête de l'Etat, d'une commune ou d'un simple particulier (V. surtout 159 For.), constituent un trouble de droit qui peut servir de base à la complainte. (Curasson, 525; Aubry et Rau, loc. cit., note 46). Le Possesseur peut alors agir avant qu'il n'ait été traduit devant le tribunal correctionnel ou de police ou bien conclure, devant ce tribunal, surséance aux fins civiles. Mais on s'est demandé si le tribunal de répression rendait une décision qui puisse avoir une influence sur la nature de l'action à former en raison de ce renvoi. La jurisprudence tend à décider que si les conclusions prises par le prévenu ne concernaient que le pétitoire, si le tribunal correctionnel ou de police, au lieu de renvoyer à se pourvoir aux fins civiles d'une façon générale, avait expressément renvoyé aux tribunaux civils la question *préjudicielle de propriété*, la complainte ne serait pas recevable. (Voir Aubry et Rau, loc. cit., note 47 et arrêt cité). Nous pensons, au contraire, avec Curasson, 525 et Bélime 504, que le jugement du tribunal de répression ne saurait avoir cette autorité sur le civil. L'exception de surséance à fins civiles doit être comprise plus largement; elle comprend, de quelque manière qu'elle soit présentée devant le juge correctionnel ou de police ou qu'elle soit accueillie par le jugement, tous les droits qui peuvent être invoqués. Le jugement correctionnel ne saurait avoir pour effet de *priver d'un droit*; il ne préjuge rien ni sur la nature de l'action, ni sur la juridiction où elle doit être portée. Il semble donc indiscutable qu'on a la complainte. La seule difficulté qui pourra surgir, selon-nous, ce sera ultérieurement devant le juge de répression, lorsque le prévenu se présentera avec un jugement qui le maintient en Possession, et c'est celle de savoir s'il peut jus-

tifier pleinement l'exception préjudicielle qui avait été admise et quelle était au juste la portée de cette exception ; s'il a en définitive mal procédé, il pourra être condamné et encore ce serait une rigueur excessive, une application judaïque de la lettre du jugement de surséance et non de son esprit, car la Possession judiciairement reconnue aussi bien que la propriété même, font disparaître le délit. Il sera donc prudent, dans tous les cas, de demander au tribunal correctionnel la surséance, tant pour agir au Possessoire qu'au Pétitoire.

261. — Nous avons terminé l'étude du trouble ; la théorie que nous avons présentée est la caractéristique de la complainte en tant que variété spéciale d'action Possessoire. Quant aux exceptions et moyens de fond opposables à la complainte, à l'office du juge, aux condamnations qui peuvent intervenir, sur tous ces points il y a une série de règles communes aux actions Possessoires, sauf des observations de détail, et nous en traiterons au chapitre de la Procédure et de la Compétence.

II. — De la Récréance

262. — La Récréance, si elle existe en Droit Français, ce qui, nous le verrons plus bas, est fortement controversé, n'est qu'une espèce de séquestre, une action incidente à la complainte, une des décisions possibles sur l'action en maintenue.

Il est essentiel de remarquer tout d'abord qu'elle ne peut être demandée par action principale (Troplong, 330 « in fine ») ; que, d'autre part, elle ne peut se concevoir dans la Réintégrande et que, malgré l'opinion de Troplong (« eod. loc. »), elle ne saurait être admise en matière pétitoire.

Pour bien comprendre la Récréance, il est essentiel de donner à son sujet quelques indications historiques spéciales. — La Récréance puise incontestablement son origine dans le Droit Canonique. C'est une procédure analogue à celle du « summarissimum ». (V. n° 161). Son application constante aux matières bénéficiales dans

l'ancien Droit est certaine. (V. Denizart, V° Récréance). Elle était employée, comme un remède suprême, par le juge qui trouvait une Possession égale des deux côtés. C'était un moyen de sortir d'une situation inextricable, qui avait si fort embarrassé les anciens auteurs, que l'un d'eux en est venu à conseiller au juge d'envoyer, dans ce cas, les plaideurs à tous les diables, qu'on me passe l'expresssion ; ce n'est que la traduction littérale des termes dont il se sert dans la burlesque sentence qu'il rédige pour le magistrat embarrassé : « De possessione non pronuntio, quia nullam partem invenio potiorem, sed rogo Deum ut vos maledicat et det vobis malam fortunam, et *eatis in nomine diaboli*, quia estis falsatores, nam esse non potest, quod ambo Possidetis, quia duo in solidum possidere non possunt, ut l. 3, de poss. » (Bruns, La Possession au Moyen-Age, p. 261).

On trouve la Récréance mentionnée en matière profane par Beaumanoir, par Boutheiller et par le Grand-Coustumier (Alauzet, p. 252). Elle fut l'objet de graves abus et l'ordonnance de Villers-Cotterets (1539), prohiba la double instance possessoire et prescrivit de conduire le tout par un seul « procès et moyen ». Elle persista néanmoins et surtout en matière bénéficiale, car les juges royaux ayant la connaissance des cas possessoires et aussi parce qu'il n'y avait pas de juste possession des bénéfices sans titre, la Récréance était, en quelque sorte, une première instance qui remplaçait le possessoire ordinaire ; la seconde instance qui, en règle, eût été le possessoire, était une sorte de pétitoire. Et le plus souvent on s'en tenait là, les parties n'allaient plus devant le juge ecclésiastique qui seul avait la connaissance du pétitoire plein et entier (Ferrières, Dict. — V° Complainte en mat. bénéf.). La Récréance ne disparut pas non plus en matière profane si elle fut d'un usage moins fréquent. Il est vrai que l'ordonnance de 1667 n'en parle pas et ne fait mention que des récréances bénéficiales. Mais Ferrières, (v. Récréance), Rousseau de Lacombe. V° Complainte, Rebuffe. (Sentences exécutoires, art. 1. Glose, 8). Lange, Praticien français III, 7. admettent sans difficulté la récréance en matière profane.

263. — D'après la tradition de l'ancien Droit, la récréance n'est pas seulement un incident de la complainte, c'est une instance séparée, une instance de *provision* — « La récréance, dit Lange (loc. cit.), c'est en matière bénéficiale ce qui s'appelle provision en matière profane, tellement que la récréance en matière bénéficiale, c'est la provision qui s'adjuge pendant le procès à celui des contendants qui a le droit le plus apparent, comme en matière profane la provision s'adjuge à celui qui a la Possession la plus apparente ». — La récréance d'après Ferrières sur Paris, I, p. 1511, n° 22, est une action possessoire par laquelle on demande par provision la Possession et la jouissance d'une chose jusqu'à ce que le fond soit jugé. » Et il ajoute qu'elle ne se conçoit qu'au cas de « judicium duplex », quand il y a prétention de chacune des parties à la Possession. Enfin le témoignage de Rebuffe vient corroborer cette opinion. Dans son « Comment. in const. gall. de mater. possess. » 802, il décide que la récréance peut être intentée et tranchée à part. « Hic (articulus) non vult probibere quin *separatim proferatur* recredentia » et plus loin : « *separatim decidetur* recredentia a sententia pleni possessorii ».

Le même Rebuffe nous apprend qu'elle était adjugée sans requêtes ou conclusion des parties sur le vu des titres (1) (Sent. exec. loc. cit.). La récréance d'ailleurs ne conférait la jouissance provisoire que jusqu'à la sentence de pleine maintenue. On instruisait ensuite le procès au possessoire pour arriver à cette sentence de pleine maintenue. Mais il fallait pour obtenir audience avoir exécuté la sentence de provision : « les récéances seront exécutées avant qu'il soit procédé sur la pleine maintenue (Ordonn. de 1667, titre 6, art. 10) ». Celui d'ailleurs qui bénéficiait de la récréance devait à son adversaire compte des fruits; il devait aussi fournir caution. L'ordonnance de 1667 se contenta d'une simple caution juratoire (V. Jousse, Comment. ord. 1667, I

(1) Comp. Boutheiller : « Item, peux et dois savoir qu'en complainte de nouvelleté quiconque peut montrer avec saisine lettres de tiltres, incontinent doit avoir la récréance sans autre preuve. »

p. 214). Ce dernier auteur enfin, remarque que bien que l'ordonnance ne parle que de la récréance bénéficiale, les dispositions en doivent être appliquées par analogie à la récréance profane.

264. — Il semble aussi que la pratique avait introduit une sorte de Récréance arbitraire, résultat de ce que le même Juge connaissait à la fois du possessoire et du pétitoire. Le Juge en était venu à considérer le possessoire comme un simple préalable du pétitoire, et quand le procès lui paraissait trop embrouillé au possessoire, il ordonnait la récréance non plus comme incidente à l'action de maintenue mais comme incidente à la procédure qui se déroulait tout entière devant lui. C'était une sorte de cumul moral inévitable avec l'unité de Juge. Mais cette procédure n'avait pas été sans soulever chez certains auteurs de graves objections. « Le demandeur doit prouver, dit Poullain-Duparc (Principes du Droit; Complaintes et réintégrandes, liv. 5, Ch. 26. — Tom. X p. 693 n° 10) et le défendeur n'est assujetti à aucune preuve. Ainsi, faute de preuve de la Possession déniée le demandeur en complainte ou en réintégrande doit être débouté. Si sa Possession est reconnue et si le trouble étant seulement contesté il ne le prouve pas, le déboutement est également nécessaire. *Dans ces deux cas il n'y a aucun motif pour ordonner le séquestre* en attendant le jugement du pétitoire dont l'action n'est pas formée et ne peut l'être qu'après que le juge aura prononcé par adjudication ou déboutement des conclusions du demandeur sur le possessoire. *Cette action au simple possessoire n'annonce pas même que l'une ou l'autre des parties doive dans la suite procéder au pétitoire. Pourquoi donc un juge ordonnerait-il d'office le séquestre sur l'action possessoire?* (V. aussi d'autres auteurs cités par Curasson n° 724, Rhodier, Masuer, Bornier, Boerius).

Et pourtant cette doctrine empirique est celle qu'adopte Pothier. Il nous donne à propos de la récréance une série de décisions qui sont en somme profondément différentes de celles proposées par les divers auteurs ci-

dessus (1). Il est essentiel de reproduire en entier le passage où il donne son système, car c'est sur lui que s'est fondée toute la théorie moderne de la récréance telle que la conçoit la jurisprudence avec un certain nombre d'auteurs (Poss. n° 105. Cpr. procédure, 2me part. Ch. 3, art. 2, § 1). — « Lorsque les enquêtes sont contraires de manière que le juge ne puisse connaître laquelle des parties qui se disputent la Possession de l'héritage a cette Possession, le juge en ce cas, sans rien statuer sur la Possession, ordonne que les parties instruiront au pétitoire ; et l'héritage sera déclaré appartenir à celle des parties qui sur l'instance du pétitoire, aura le mieux établi son droit de propriété. Quelquefois le juge ordonne que la Possession sera séquestrée pendant le procès sur le pétitoire. Quelquefois aussi le juge accorde la récréance, c'est-à-dire une Possession provisionnelle pendant le procès au pétitoire.

« Cette récréance n'a d'autre effet que de donner à la partie à laquelle elle a été accordée le droit de jouir de l'héritage contentieux pendant le procès au pétitoire à la charge d'en rendre compte à l'autre partie dans le cas auquel elle obtiendrait gain de cause au pétitoire, mais elle n'a pas l'effet qu'a la sentence de pleine maintenue, de déclarer Possesseur celui qui l'a obtenue et de le faire présumer propriétaire, sans qu'il ait besoin de prouver son droit de propriété tant que l'autre partie n'aura pas pleinement justifié le sien. Au contraire la sentence de simple récréance laisse la Possession « in incerto » ; elle ne déclare point Possesseur celui qui l'a obtenue et ne le dispense pas, par conséquent, d'établir sur l'instance au pétitoire le droit de propriété qu'il prétend avoir sur l'héritage contentieux. »

265. — Qui ne voit clairement que la récréance de Pothier n'est plus du tout celle dont nous avons parlé plus haut, celle de Rebuffe et de Lange ; la récréance de Pothier, c'est une solution de la maintenue ou plutôt c'est la suppression de la maintenue ; la récréance ancienne n'était au contraire que le préalable de cette

(1) C'est ce que M. Appleton § 388 « in fine » a très nettement marqué.

maintenue ; l'une est donnée lorsque les enquêtes sont contraires, l'autre sur le vu des titres ; l'une et l'autre constituent une mesure provisoire, un véritable séquestre qui ne diffère du séquestre ordinaire que parce que la chose est confiée à l'une des parties ; voilà le point de ressemblance ; mais combien de différences en revanche.

L'opinion de Pothier est donc, il faut bien en convenir, à peu près isolée chez les anciens auteurs, non pas que seul il ait admis la Récréance, comme le dit Bélime, n° 399, mais parce qu'il a admis une récréance absolument différente de celle que connaissaient les autres commentateurs. Cela n'est plus du tout la Récréance bénéficiale ni la Récréance en matière profane ; c'est un expédient encore plus singulier que celui qui consiste à juger le Possessoire en deux fois. La Récréance, telle qu'elle s'était conservée depuis Beaumanoir et Bouteiller jusqu'à Lange, s'appuyait sur le principe que, pendant la durée de l'instance, on ne doit pas laisser la détention matérielle douteuse ; que, dès qu'il y a litige, il y a à craindre des violences et des voies de fait. C'est pour cela qu'on séquestrait. C'était quelque chose d'analogue aux *Vindiciæ* du Droit romain et à la procédure préalable de l'adjudication provisoire de la détention que nous avons observée à propos de l'*Uti possidetis* (n° 81). Le juge ne se dessaisissait pas. Il réglait les questions provisoires, d'où le terme provision (1). Et ce qu'il y a de remarquable, de même que la procédure ne prenait un degré de complication aussi grand qu'au cas de *judicium duplex* en Droit romain, de même, d'après les indications de Ferrières (V. *supra*), ce n'est qu'au cas de double contestation et de demande reconventionnelle possessoire qu'il y a lieu à Récréance. Il y a donc une analogie absolue entre les deux procédures. Elles reposent sur une même manière d'envisager les choses. Maintenant, est-il utile, est-il nécessaire, à une époque

(1) La Récréance était l'équivalent du séquestre, anciennement prononcé en toutes circonstances et fut introduite comme plus équitable par l'Ordonnance de 1453 (V. Alauzet, p. 267). Nous avons vu aussi, à propos du Haro que la « chose contentieuse est séquestrée par la nature du Haro, jusqu'à ce que par justice ait été ordonné de la provision. (Art. 57 de la Nouvelle Cout. de Normandie.)

de tranquillité, de se préoccuper si fort du provisoire ; ne vaut-il pas mieux chercher à trancher le différend le plus vite possible, et la possibilité de statuer au provisoire n'engage-t-elle pas le juge à différer bien longtemps son jugement définitif ? Nous le croyons fermement. Le séquestre doit être très rare, exceptionnel ; on ne doit l'ordonner que quand il est absolument nécessaire. Et d'ailleurs pour en revenir aux résultats de notre examen historique, la Récréance de Beaumanoir, Bouteiller, Rebuffe et Lange ne se conçoit plus aujourd'hui. On n'a pas admis, dans notre législation moderne, un possessoire sommaire préalable au plein possessoire. Quant à un séquestre, en vertu des principes généraux, il est possible dans les termes de l'article 1961, n° 2. Tout juge a pouvoir d'ordonner le séquestre. Mais nous pensons que c'est seulement pendant une instance pendante devant lui et qu'il doit régler définitivement (arg., art. 1960). C'est ce que nous allons démontrer en examinant la théorie de la jurisprudence qui n'est que l'application de la doctrine de Pothier. Nous ferons seulement remarquer, pour l'instant, que si une Récréance quelconque devait être admise, ce serait bien plutôt cette ancienne Récréance dépouillée de l'appareil d'une double instance, réduite à être un simple incident ordinaire de la complainte (1).

Quant au système de Pothier, il faut bien en arriver à le dire, il est contraire à la tradition historique et il ne repose sur aucune base raisonnable ; que la pratique l'ait admis, on doit en croire Pothier, et nous voyons, en effet, Poullain-Duparc critiquer cette pratique. Mais elle ne l'avait admis sur aucun fondement sérieux. C'était en effet la méconnaissance de ce double principe que le séquestre ne peut être ordonné par le juge qu'autant qu'il y a instance pendante devant lui et pendant la durée de cette instance, et que, d'autre part, l'action possessoire n'est pas un préalable nécessaire à la revendi-

(1) La Récréance ainsi restreinte est-elle l'équivalent exact du séquestre, conformément à son étymologie ? L'une des parties peut-elle être choisie comme séquestre judiciaire ? (V. art. 1963). Aucun texte ne s'y oppose et la faculté de choix accordée au juge est sans restriction.

cation, qu'elles forment deux instances absolument séparées et dont l'une ne succède pas nécessairement à l'autre, comme Poullain-Duparc l'avait fort bien observé.

266. — Quoi qu'il en soit, ce système que nous n'hésitons pas à qualifier sévèrement (1), a été admis par la jurisprudence et un grand nombre d'auteurs. Le branle a été donné là comme en bien d'autres choses en ce qui concerne notre système possessoire par Heurion de Pansey. « Il y a lieu à cette récréance, dit-il, et au renvoi au pétitoire lorque les deux parties se prétendent également en possession d'an et jour, que les actes qu'elles produisent et les faits qu'elles articulent respectivement sont de nature à exiger une discussion longue et difficile, et que cependant il y a en faveur de l'une d'elles ou une notoriété plus imposante, ou des titres plus apparents, ou des faits plus vraisemblables. Au surplus, la loi s'en rapporte à cet égard à la prudence du juge. » (chap. 48). Telle est aussi l'opinion de MM. Aubry et Rau, (§ 187, texte et notes 60, 61, 62, et les auteurs et arrêts cités.—V. aussi Pandect. franç. V° Act. Possess, n° 1072, les nombreux auteurs en ce sens). Ils accordent au juge du possessoire l'option entre trois partis, « renvoyer les parties à se pourvoir au pétitoire, soit purement et simplement, soit en établissant un séquestre, ou même en accordant la Récréance, c'est-à-dire la garde provisoire de l'objet litigieux à l'une ou l'autre des parties, à la charge de rendre compte des fruits le cas échéant (2) ». La jurisprudence naturellement a poussé ce système à ses dernières conséquences et l'on peut dire qu'elle a fini par laisser au juge une entière liberté de prendre parti pour l'une des trois solutions dans les espèces difficiles. Mais alors autant supprimer le Possessoire. Nous n'entreprendrons pas de donner ici la série d'arrêts d'espèces rendus à ce sujet (V. surtout Cass., 16 nov. 42; Sir., 42. 1-907;

(1) Tout le monde d'ailleurs s'accorde à reconnaître que le traité de Pothier sur la Possession est un de ses moins bons ouvrages. On y peut relever nombre d'omissions ou d'erreurs.

(2) C'est exactement la doctrine de Pothier.

Cass , 5 nov. 61 ; Sir., 61, 1-17 ; 4 déc. 82 ; Sir., 83. 1-68, qui admettent la récréance dans les termes même où la concevait Pothier et avec les mêmes effets (1).

On peut invoquer en ce sens, outre l'autorité de Pothier, les termes de la loi de 1838, art. 6 : 1°. En parcourant l'énumération des diverses actions possessoires, on voit indiquées successivement les dénonciations de nouvel œuvre, complaintes, actions en Réintégrande et *autres actions possessoires*. Or, en fait *d'autres actions possessoires*, on ne peut trouver que la Récréance, et il résulte bien des travaux préparatoires que c'est elle qu'on avait en vue, puisqu'on voulait seulement consacrer les solutions de la jurisprudence et qu'elle était d'ores et déjà admise par cette jurisprudence. C'est là l'argument de texte sérieux sur lequel peut s'appuyer la jurisprudence actuelle, c'est, à proprement parler, le seul argument et un argument tout judaïque.

267.— Néanmoins et malgré ces graves autorités, convaincus surtout par l'examen historique qui précède, nous préférons nous ranger du côté des auteurs dissidents. (Belime, 398. Carou, 632-633. Carré-Chauveau, Quest. 111. Appleton, 394. Wodon, 160 et suiv., 703 et suiv., Masse et Vergé sur Zachariæ, III, § 287, p. 93, note 6.) Nous repoussons un système qui viole selon nous la règle de la séparation du possessoire et du pétitoire, qui fait du possessoire une sorte de préparatoire du pétitoire, de préalable nécessairement suivi de ce pétitoire ; qui réduit le possessoire à fournir seulement une présomption de propriété pour l'instance pétitoire subséquente, qui plus spécialement méconnait les règles du séquestre et le pouvoir du juge en matière de séquestre, enfin, nous estimons avec Massé et Verger, que « tous les systèmes de récréance, de sequestre, de possession indivise ne sont que des subterfuges offerts

(1) La nouvelle loi belge du 25 mars 76, art. 4, rejette absolument la Récréace. V. Wodon, 161. Le Code de Proc. de Genève, art. 263, décide que le juge peut ordonner le séquestre, ou adjuger la possession à celui qui a le droit le plus apparent, moyennant caution.

au magistrat pour le dispenser de prendre un parti dans une question délicate ou douteuse ; que son devoir est de juger le litige qui lui est soumis et que jamais d'ailleurs, pour qui sait apprécier les faits de la Possession, les circonstances dans lesquelles ils ont lieu et la situation respective des parties, il ne peut y avoir deux Possessions tellement égales qu'il soit impossible de donner la préférence à l'une ou à l'autre. »

Et en effet, il est impossible de trouver une hypothèse, une seule, où le juge ne puisse rendre une décision sur la Possession. C'est ce qui résulte de l'examen des diverses hypothèques. — Dans tous les cas où le défendeur n'a pas formé de demande reconventionnelle, la complainte est simple, pas de récréance possible, tout le monde est d'accord. Le juge doit rejeter purement et simplement la complainte si elle n'est pas justifiée (V. Appleton, § 390. V. aussi note de M. Dutruc, sous Cass., 5 nov. 1860. S. 61. 1-17).

—Le défendeur a-t-il formé une demande reconventionnelle, il y a un *judicium duplex*. Mais les enquêtes ne sont pas contraires de telle manière que le juge ne puisse connaître laquelle des deux parties qui se disputent l'héritage a cette possession; que peut faire ce juge? 1° Si le demandeur prouve sa possession qualifiée et qu'aucune exception ou moyen de fonds du défendeur ne soient admis,il déclare à bon droit l'action en maintenue,et le demandeur est proclamé possesseur ; 2° Si le demandeur ne réussit à rien prouver, que le défendeur au contraire prouve la Possession de son chef, c'est lui qui a droit à maintenue, et le juge doit le proclamer ; 3° Supposons enfin que ni l'un ni l'autre ne prouve rien, doit-on admettre la récréance dans ce cas, doit-on dire qu'entre deux détenteurs le juge peut choisir ? C'est la décision de la Cour de Cass. (16 nov. 42 citée plus haut. — 11 février 57, Sir. 57. 1. 673. — 10 avril 72, S. 72. 1. 374. — V. aussi Cass 22 juill. 68, D. 68. 1. 446. Bourbeau, 432. V. aussi Aubry et Rau, loc. cit.) Mais cette opinion est tout à fait erronnée. Le défendeur en formant une demande reconventionnelle ne doit pas selon l'ob-

servation de Carou, n° 653 et d'Appleton, § 391, rendre sa condition pire que s'il s'était borné à résister simplement. Les deux demandes seront donc également rejetées. L'empiétement commis par le défendeur contre le possesseur insuffisant reste acquis, mais le possesseur peut s'il le veut prendre l'initiative d'une action au pétitoire; son adversaire a les mêmes droits. Le renvoi au pétitoire serait donc superflu et la récréance injuste. Elle serait de plus, aussi bien que le séquestre, ordonnée par une méconnaissance absolue des règles du séquestre. Nous l'avons déjà remarqué plus haut et il est nécessaire de le démontrer plus amplement encore. L'art. 1961 ne permet d'ordonner les équestre que comme incident à une instance liée devant un juge et pour la durée de cette instance, non pour une instance qui sera introduite ou qui pourra ne l'être pas, devant une autre juridiction. Et si jamais cette instance n'est introduite, l'immeuble va donc rester indéfiniment séquestré (1)! Et quel juge pourra régler les questions de séquestre « medio tempore », qui en devra payer les frais s'il est aux mains d'une tierce personne? Le séquestre suppose nécessairement que le juge n'est pas dessaisi et avant de se dessaisir il doit régler définitivement la question du séquestre, c'est-à-dire en abolir les causes, c'est-à-dire juger le différend que cette mesure provisoire avait pour but de lui permettre d'instruire avec sécurité (V. Appleton, § 392).

Voilà donc un cas où la jurisprudence admet ses solutions empiriques sans nécessité sérieuse.

268. — Elle accorde encore la triple option dont nous avons parlé au cas où les parties justifient d'une Possession simultanée, lorsque les faits possessoires respectivement prouvés sont de telle nature qu'on ne puisse discerner où est la Possession. Mais il paraît bien difficile de concevoir une seule hypothèse, nous disons une seule, où les parties prouvent une Possession simul-

(1) Nous n'invoquons pas d'ailleurs contre la Récréance, l'art. 1041 C. pr. en vertu duquel les anciennes coutumes auraient été abrogées. C'est à tort qu'Appleton, § 393 et Crémieu prétendent en tirer argument. V. dans notre sens sur ce point spécial Aubry et Rau, loc. cit. note 60.

tanée. Remarquons d'abord qu'en outre des faits, des enquêtes, de l'état des lieux, le juge du possessoire a le droit et le devoir de s'aider des titres selon les règles que nous énoncerons plus tard, il peut même appeler à son aide toutes les présomptions et adjuger la Possession au plus apparent possesseur. Il ne doit pas avoir l'esprit hanté de l'idée du pétitoire, il doit toujours se rappeler le brocard « Nihil commune habet proprietas cum possessione » et juger comme très souvent sont obligés de le faire tous les magistrats, non dans un sens évident, mais dans le sens le plus probable. Selon l'observation de Carou et de Chauveau la question se posera identiquement la même au pétitoire, car il faut supposer qu'il n'y a pas de titres. Et le juge du pétitoire sera aussi bien embarrassé pour la trancher. Ceci posé, en raison on ne conçoit pas, même avec les présomptions posées par la loi et grâce à l'élément important des titres conventionnels, que le Droit Romain ne connaissait pas en pareille circonstance, on ne conçoit pas une Possession de deux personnes à la fois. Cette Possession peut exister en fait, il peut arriver que chacun des contendants ait à son tour usé de la chose d'une manière qui serait efficace à fonder une Possession en raison de l'art. 2234. Mais de pareils faits ainsi posés successivement n'ont pu faire acquérir un droit de Possession à chacun. Il faut supposer nécessairement qu'ils ont été posés par l'un à titre de propriétaire, par l'autre à titre de tolérance ou de familiarité ; par l'un et l'autre à titre de co-propriété, par l'un et l'autre à titre de pleine propriété. Dans les deux premiers cas, on voit très bien où est la Possession. Dans le dernier cas, la Possession de chacun est discontinue ; elle a été interrompue chaque fois que l'adversaire a agi matériellement sur la chose ; c'est un cas d'interruption naturelle. Or, pour éclairer la signification des faits posés, le juge peut invoquer les titres dans la mesure nécessaire à colorer les Possessions, à éclairer les intentions respectives ; s'il n'y a pas de titres, s'il n'y a pas de présomption par impossible, il doit décider si les faits sont absolument égaux, non pas

qu'il y a Possession indivise, mais qu'il n'y a aucune Possession. — Enfin on ne peut concevoir, en dehors de ces hypothèses, que les cas suivants : les deux contendants ont joui d'une partie distincte chacun ; — ils ont joui de la chose de même, mais à un titre différent, l'un prétendant propriété, l'autre servitude ou droit réel quelconque ; ils ont joui à titre indivis. Dans tous ces cas, il y a une solution Possessoire possible ; il y a même une solution nécessaire. (Cpr. Appleton, § 394. V. aussi Cass., 21 janv. 74,-D. 74-1-443). Ainsi l'option inadmissible en pure logique ne se justifie pas par l'impossibilité de trancher le Possessoire. La Récréance ou le séquestre ne sont donc pas acceptables, comme modes de solution de la complainte, à quelque point de vue que l'on se place. L'un et l'autre devraient donc être rejetés de notre système Possessoire, comme cela a eu lieu en Belgique, ainsi que nous l'avons indiqué.

III. — De la Dénonciation de Nouvel-Œuvre

269. — Parmi les nombreuses actions et les nombreux Interdits que donnait la loi romaine pour défendre la propriété, pour parer aux dommages qui pouvaient résulter de la jouissance du voisin sur son propre fonds, on rencontrait la « Nuntiatio Novi Operis », la Dénonciation de Nouvel-Œuvre (1).

Elle se distinguait nettement des autres moyens de droit accordés dans des circonstances analogues ou identiques. Si le voisin entreprenait des travaux ou constructions nuisibles pour son voisin, il était loisible à ce dernier d'intenter les actions Possessoires ou Pétitoires que les circonstances comportaient. Mais, dans bien des cas, il y avait pour lui intérêt à prévenir la lésion plutôt qu'à en obtenir postérieurement réparation. Aussi quand les constructions étaient faites *sur son terrain*, pouvait-il interrompre les travaux par une opposition formelle « prohibitio ». Et il procédait « Per manum

(1) V. « De Operis Novi Nunciatione Dig. », 39, 1. — « De Novi Operis Nunciatione » au Code 8, 11. — V. d'Hauthuille, Revue de Législ. et de Jurispr. V, p. 351, et VI, p. 53.

id est lapilli jactum » (1). Le voisin devait s'arrêter aussitôt, sinon il s'exposait à l'Interdit « quod vi aut clam ». Mais ce procédé était dangereux, quoique très expéditif, car il exposait à l' « Uti Possidetis » de la part du voisin, et la question même des Possessions se trouvait mise en jeu. (V. L. 3, § 2, « Uti Poss. », 13, 17). Et dans cette hypothèse même, il pouvait être utile d'avoir un moyen moins énergique et surtout moins compromettant.

D'autre part, ce moyen était indispensable quand les constructions étaient faites sur le terrain même du voisin. Dans ce cas, il ne pouvait y avoir « prohibitio per manum »; c'eût été sûrement s'exposer à un « Uti Possidetis » sur lequel on avait toutes chances de succomber, ou à une « actio injuriarum ».

Pour parer à ces inconvénients le Préteur décida donc que la simple « denonciatio » aurait pour effet de suspendre provisoirement tous les travaux constituant un « opus novum » et desquels pouvait résulter préjudice ou violation d'un droit (L. 1, § 16 « hoc. tit. »). Mais le danger de la N. N. O., c'était que le dénonçant reconnaissait, par sa dénonciation même, la Possession de l'adversaire. Aussi Ulpien donne le conseil de ne jamais recourir à la N. O. N. quand le voisin élève des constructions sur notre propre terrain (L. 1, § 6, L. 5, § 10 « hoc. tit. »). Quant à l' « opus novum », il doit être compris d'une façon très large. Il est constitué par toute construction ou destruction qui change le précédent aspect, par toute modification du « statu quo » (L. 1, § 1 et § 11-14).

Et d'ailleurs, pour dénoncer utilement le Nouvel-Œuvre, il ne suffisait pas d'être Possesseur (aussi n'avons-nous pas rangé cette procédure dans la classe des Interdits Possessoires); il fallait être propriétaire ou Possesseur de bonne foi en train de prescrire; il fallait un « jus in re » impliquant Possession du fonds, tel qu'un droit

(1) C'est une question très controversée que celle de décider s'il s'agit d'une violence réelle, d'un emploi effectif de la force ou d'une violence symbolique. La plupart des commentateurs admettent que c'est une violence symbolique sur l'autorité de Cujas, sur la loi 1, § 12 « De Op. N. N. ». Mais cela importe peu pour l'exposition générale que nous donnons. V. Maynz II, p. 527.

de superficie ou de gage (L. 3, § 3; L. 9, L. 1, § 5 « De Remission. », 43, 25. V. Molitor, « Poss. », n° 116; Appleton, § 204 et 371).

Si les travaux étaient continués sans qu'il fût fourni caution ou sans « remissio », sans main-levée conventionnelle ou judiciaire, le dénonçant pouvait poursuivre la restitution de l'ancien état, la remise des choses en la même situation qu'avant les travaux entrepris (L. 1, § 7, L. 20 Pr., L. 1, § 8, L. 22 « hoc. tit. ») au moyen d'un Interdit spécial ou par l'Interdit « quod vi aut clam ».

Telles étaient les règles principales de la N. O. N. qui ont subsisté jusqu'à Justinien. Ce dernier a simplement modifié la procédure; de la simple opposition, il a fait un acte réellement introductif d'une instance qui devait être jugée dans les trois mois.

Les glossateurs, d'autre part, méconnurent complétement le caractère original de la N. O. N.; ils distinguèrent trois formes de dénonciation, brouillant la première hypothèse, que nous avons examinée, avec la seconde, la dénonciation avec l'interdit spécial, et l'interdit « quod vi aut clam » et l' « Uti possidetis » qui pouvaient en être la conséquence, selon les cas. De là vint qu'on appliqua à la Den. de N. Œ. les principes des interdits possessoires; on en vint à voir dans la dénonciation une branche de la Complainte, et on l'appela Complainte de dénonciation de Nouvel Œuvre (V. Molitor, n° 117; Bélime, 212; Alauzet, p. 242 et Lemarignier, Thèse 41 et suiv.)

270.— On voit dans la *Somme rural*, de Boutheiller(1) comment on concevait la Dénonciation de Nouvel Œuvre au commencement du XV^e^ siècle : « Si sachez que dénonciation de Nouvel Œuvre a lieu aussitôt que quelqu'un fait ou fait faire nouvel œuvre au préjudice d'autres. Celui qui sent que c'est en son préjudice le peut défendre ou dénoncer; si sachez que cette dénonciation est de tel effet : sitôt que celui qui se sent troublé s'en

(1) Boutillier, comme l'appellent Merlin et Henrion de Pansey. Dans l'édition annotée par Charondas Le Caron, il est appelé Boutheiller et son ouvrage : *Somme rural*, ou *le grand Coustumier général de practique civil et Canon.*

aperçoit, il peut venir sur le lieu où on fait et commence cette nouvelle œuvre, et dire à ceux qu'il trouvera là, soit qu'ils soient des gens de celui qui fait faire ou non, soit que celui y soit qui l'ouvrage fait ou non, et doit dire ainsi aux ouvriers et assistants qui là seront trouvés: Vous faites cy nouvel œuvre à mon préjudice : je vous dénonce que vous cessiez de faire et désistiez entièrement; et, de ce que vous fait avez, je fais protestation que tout soit démoli et réparé et que amende soit si avant que juge esgardera qu'il appartiendra.... Si, depuis, il était œuvré, ce serait attenté et tomberait en peine et amende d'attentat, et de fait convient que l'ouvrage soit cessé du tout jusqu'à ce que celui qui l'ouvrage fait faire, fait convenir et dénoncer par devant le juge, à savoir pourquoi il a fait cette dénonciation, et sera le feseur de l'ouvrage demandeur en ce cas, et le dénonçant possessionnaire ou possesseur de sa dénonciation, qui est grande dignité en procès (1). Alors le dénonçant, comme défendeur et possesseur, soutiendra la dénonciation et les causes qu'il a de ce faire ; mais, selon aucuns, il est de nécessité que cette dénonciation soit faite dedans l'an que cette nouvelle œuvre est commencée, et, la cause mise en Cour, le procès doit être fait en trois mois (2), sinon le feseur de la nouvelle œuvre requiert disant que le procès est apparent de durer longuement et par ainsi l'œuvre qui est profitable et nécessaire pouvoir aller à perdition.... Le juge d'office peut et doit pourvoir à ce que l'ouvrage se parfasse, en baillant suffisante caution » (3).

On excusera la longueur de cette citation; elle montre nettement le chemin parcouru depuis la N. O. N. de Digeste. Nous trouvons encore en vigueur la dénonciation par paroles solennelles. Mais elle disparaîtra bientôt. Charondas, le commentateur et l'annotateur

(1) On voit combien est déjà profonde la modification des principes romains. Nous sommes en présence d'un moyen purement possessoire : j'étais en possession d'un état négatif, semble dire le dénonçant ; vous avez, par conséquent, troublé ma possession.

(2) C'est la règle de Justinien. V. l. unic.Code : de Novi op. Nunt, 8, 11.

(3) Boutheiller ajoute ailleurs que certains exigent l'annalité.

de Boutheiller, après avoir indiqué que la Dénonciation se faisait « ou pour conserver notre droit, ou pour empêcher le dommage, ou pour maintenir le droit public,et ça ou par paroles du nonciateur,ou par mise de fait en autorité du Préteur » ajoute.... « On ne practique en France que la dernière manière, par autorité du juge et les parties étant ouïes par devant lui, il ordonne que la dénonciation tiendra, ou si celui qui a commencé de bâtir continuera en baillant caution ». (V. aussi Henrys, Liv. 4, Ch. 6, Quest. 84.) (1)

271. — On peut donc dire que, dès le XVI[e] siècle, la Dénonciation était une instance Possessoire, depuis que par simples paroles on n'était plus constitué *possesseur de sa dénonciation* et qu'il fallait aller devant le juge pour régler sur le champ le sort de cette dénonciation. La double procédure décrite par Boutheiller, premièrement dénonciation et arrêt des travaux, puis, la *cause mise en cour*, instance de main-levée ou de maintenue de la dénonciation incidente au pétitoire, introduite dans les trois mois, a été remplacée par une procédure unique indépendante et préalable au pétitoire. Au surplus, les autres principes posés par Boutheiller, sont en général conservés. La Dénonciation n'est admise comme en Droit Romain que pour les travaux non encore achevés, non pour les travaux terminés ; pour dommage éventuel et non pour dommage consommé ; pour travaux seulement faits sur le fonds du dénoncé et non du dénonçant ; sinon, dans ces deux derniers cas on a la complainte ordinaire ; dans le premier, il n'y a plus qu'un recours pétitoire, c'est là une particularité de l'ancien Droit (2). (V. Ferrières, V° Dénonciation de Nouvel Œuvre ; Rousseau de La Combe, V° Dénonciation ; Charondas, Pand. fr., Livre 4, ch. 26). Mais si le juge dit à bonne cause la Dénonciation, quelles mesures pourra-t-il ordonner ? Selon la remarque très exacte de Troplong, n° 314, Boutheiller

(1) « Unde liquet effectum nuntiationis quæ verbis fit esse obsoletum. » (Huberus).

(2) M. Henrion de Pansey estime que telle doit être encore la règle à suivre dans la D. de N. Œ. — ch. 38.

laisse nettement percer chez le dénonçant l'intention de demander plus tard la destruction ; et bien qu'il parle de dommage éventuel, il semble qu'il vise spécialement l'hypothèse de dommage certain. Et, dans cette espèce, il n'y a qu'une nuance insaisissable entre la complainte et la dénonciation. Je m'explique. Supposons que j'aie sur le fonds du voisin une servitude « non altius tollendi ». Le voisin se prépare à construire, il réunit des matériaux, il fait les fouilles nécessaires aux fondations ; le dommage est éventuel, il n'est pas absolument certain ; car on peut douter du but auquel tendent ces préparatifs. Mais si déjà les fondations sont maçonnées, si les murs vont sortir de terre ; on ne saurait plus se méprendre sur la portée des travaux qui vont s'exécuter ; le préjudice n'est encore qu'éventuel, mais il est certain. Et comment en raison arriver à séparer nettement deux hypothèses aussi voisines ?

Néanmoins, Charondas (loc. cit.), Ferrières (loc. cit.), Papon, T. 4, Liv. 8, n^{os} 8 et 9 ; Bouchel (v° Dénonciation) admettaient que la Dénonciation ne tendait qu'à la suspension des travaux quand les travaux n'étaient pas achevés, et que la Complainte proprement dite ne tendait qu'à la démolition des travaux au cas de dommage réel. Ils n'admettaient donc pas la distinction entre le dommage éventuel certain et le dommage futur et possible.

Du reste, chez la plupart des commentateurs régnait une grande confusion sur les caractères qui pouvaient distinguer la Complainte de la Dénonciation. Boniface appelait indistinctement Dénonciation de Nouvel Œuvre, Complainte de nouvelleté, statut de querelle, des actions où il s'agissait, non de suspension de travaux, mais de démolitions et de comblements de fossés. (V. aussi Henrys, loc. cit. ; Troplong, 316). Rhodier aussi (sur l'Ordonn. de 1667, p. 246) confond les deux actions. Pour lui, la Dénonciation n'est qu'une variété de la Complainte ; elle est soumise aux mêmes règles. — Enfin, ni Jousse, ni Pothier n'en parlent, et il est à remarquer, d'ailleurs, qu'aucune Ordonnance, et notamment ni celle de Villers-Coterets, ni celle de 1667 n'en

font mention. Il semble donc que, dans la pratique, elle n'était guère usitée comme action distincte et séparée.

272. — Le Code civil et le Code de procédure ont gardé le même silence, la loi du 25 mai 1838 est le premier acte législatif qui la consacre. La loi belge du 25 mars 1841, qui reproduisait en général notre loi de 1838 l'avait admise, mais la nouvelle loi belge du 25 mars 76, art. 4, ne la mentionne pas (1). Elle ne forme donc plus en Belgique l'objet d'une controverse. C'est purement et simplement une branche de la complainte. Voici d'ailleurs dans quels termes s'exprimait à son sujet le rapporteur extra-parlementaire M. Allard (cité par Wodon n° 164). « En ne parlant plus de la dénonciation de Nouvel Œuvre, nous avons eu l'intention de redresser les fausses doctrines qui se sont inspirées du rappel intempestif de cette antique formule. Il faut au contraire la reléguer dans l'arsenal des vieilles lois romaines où l'ancienne jurisprudence avait eu le bon esprit de la laisser. L'ordonnance de 1667, en effet, n'en disait rien. Rhodier, Bornier, Jousse, Pothier, la passèrent complètement sous silence. Il en fut de même de la loi de 1790, du Code civil et du Code de procédure civile. C'est apparemment pour compliquer une matière déjà si difficile que la loi de 1838 l'a établie. Cette action est admise chez quelques nations étrangères ; mais sous l'empire de notre législation, elle n'a guère trouvé de défenseurs. On s'est donné beaucoup de peine pour découvrir quelle pouvait bien en être l'utilité et franchement on n'a rien trouvé qui vaille. »

273. — Nous ne sommes pas loin de nous ranger à cette opinion si nettement exprimée. On ne peut vraiment que maudire le législateur de 1838, qui n'a même pas essayé de définir ce qu'il entendait par la Dénonciation de Nouvel Œuvre ; il aurait aussi bien

(1) L'art. 698 du Code civil italien de 1866 l'admet pour celui qui a à craindre un dommage éventuel, provenant d'une entreprise d'autrui, pourvu que le Nouvel œuvre ne soit pas achevé et qu'il ne se soit pas écoulé un an depuis le commencement des travaux. V. Boucart. p. 256.

fait de ne pas la nommer, nous avons déjà constaté d'ailleurs que c'était une sorte de système de sa part que de passer à côté des difficultés sans vouloir les résoudre. Il s'est contenté, a-t-on dit, de laisser à la jurisprudence toute la latitude possible, il a consacré par omission les solutions qu'elle avàit admises et qui formaient comme un corps de doctrine sur les actions psssessoires. Or précisément avant la loi de 1838, ni la doctrine n'était d'accord avec la jurisprudence, ni cette dernière constante et définitivement fixée sur le point qui nous occupe.

Une vive controverse s'était élevée entre Merlin (V. Rep. V° Den, Nouvel Œuvre et surt. Quest. eod. verb. § 6) et Henrion de Pansey ; le premier soutenait que la Dénonciation de Nouvel œuvre, sans distinction et quel que fût le propriétaire du fonds sur lequel les travaux avaient été commencés, n'était qu'une variété de la complainte, qu'il n'y avait qu'une seule action possessoire, quels que fussent les circonstances et les termes dont on se serait servi et il remarquait judicieusement: « Peu importe que je qualifie mon action de Nouvel Œuvre, de complainte ou de toute autre manière, ce n'est pas à la dénomination que je lui donne, mais aux conclusions que je prends que la justice doit avoir égard. » Et la Cour de cassation avait rendu plusieurs décisions en ce sens (13 juin 1814, 13 avril, 23 août 1819, 22 août 1822).

Henrion de Pansey, au contraire, soutenait que la Den. de Nouvel Œuvre, bien qu'elle rentrât dans la catégorie des actions possessoires était d'une nature spéciale ; d'après lui les pouvoirs du juge de paix à propos de cette action se réduisaient à la défense de continuer les travaux, et il fallait que l'action fût introduite avant l'achèvement de ces travaux, sans quoi le juge n'était plus compétent et on n'avait de recours qu'au pétitoire. « L'effet de cette action, dit-il, se réduit à autoriser le juge de paix à défendre la continuation des travaux, et à constater les lieux au moment de la Dénonciation. Là finit le ministère du juge de paix ; si l'auteur du N. Œ. veut obtenir main-

levée des défenses du juge de paix, c'est au tribunal civil de l'arrondissement qu'il doit porter son action, et cette action est pétitoire » (Ch. 38).

Cette doctrine singulière a été admise par deux arrêts rendus sous sa présidence, 15 mars 1826 et 4 mars 1827 (V. Curasson, 534). Il est vrai que d'autres arrêts antérieurs à la loi de 1838 étaient revenus à l'ancienne théorie (V. Curasson, 535 et notamment 5 févr. 38, D. 38. 1. 109. Dall. Act. Poss. 160-163).

A bien considérer par suite le dernier état de la jurisprudence avant la loi de 1838 ; la Dénonc. de N. Œ. n'était admise que comme une variété de la complainte ; on considérait en somme qu'il n'y avait qu'une seule action possessoire ayant pour objet de faire rétablir la Possession dans l'état où elle était avant le trouble, dont le caractère n'était pas altéré par la circonstance, que les ouvrages qui constituaient le trouble, avaient été faits ou terminés sur le fonds du défendeur avant l'action ; on admettait que la loi ne distinguait pas entre les ouvrages terminés ou seulement commencés, et qu'elle exigeait, seulement que l'action fût formée dans l'année du trouble. *Si donc la loi de 1838 n'eût pas fait spécialement mention de la Dénonciation de Nouvel Œuvre, on peut dire qu'aujourd'hui aucune controverse sérieuse ne serait possible.*

Mais il faut remarquer qu'en plus des deux opinions dont nous avons parlé et que la jurisprudence a adoptées tour à tour, la doctrine en avait proposé d'autres. Pour Carré notamment la dénonciation de Nouvel Œuvre n'était pas une action spéciale, mais seulement une action incidente à une autre soit possessoire, soit pétitoire, ce n'était qu'une simple provision qu'il fallait demander au juge saisi d'une contestation (1). Dalloz, Favard de Langlade distinguaient deux cas, celui ou les travaux avaient été faits sur le fonds du possesseur et celui ou ils avaient été entrepris par le voisin sur son propre héritage. Dans ce dernier cas il y avait lieu seule-

(1) Plus tard il est vrai il a abandonné cette première opinion pour se ranger à celle d'Henrion de Pansey.

ment d'après eux à une dénonciation de Nouvel Œuvre. Enfin Troplong estimait que la Dénonc. de N. Œ. était une simple inhibition de construire qui tantôt se liait à la Possession, tantôt à une question de propriété. En tant qu'action possessoire elle se distinguait d'après lui de la complainte non par le lieu où les travaux pouvaient être établis, mais par leur degré d'avancement, la nature et la mesure du dommage qu'ils pouvaient occasionner. « S'il n'y a pas encore de dommage, dit-il, et qu'on se borne à demander une simple inhibition de continuer les travaux, c'est là une dénonciation de Nouvel Œuvre, quel que soit le lieu où ces travaux se préparent ou se commencent » (n° 323-325).

274. — En présence de cette série de solutions contradictoires, on peut comprendre l'embarras du législateur de 1838. Il a pu croire et il résulte bien des travaux préparatoires qu'il a cru en effet à l'existence d'une dénonciation de N. Œ. à l'état d'action possessoire distincte (1). Il l'a donc consacrée, cela parait difficile à contester (2). Il faut donc essayer de trouver les distinctions qu'une pareille action peut comporter et rechercher ce qui la différenciera de la complainte. En présence du texte si formel de la loi de 1838 l'opinion de Merlin (suivie par Carré-Chauveau, Quest. 109 bis, Garnier, Bélime, n° 361 et suiv. Zachariæ (§ 187 a.) Daviel, 471, Curasson, n° 531) qui est en somme la plus pratique, la plus exacte peut-être, manquera toujours d'une complète justification (V. Leligois, V° Dén. de Nouvel Œuvre, n^{os} 1 et suiv. Aubry et Rau, II, § 188.— Cpr. Troplong, loc. cit.) — La Dénonciation de Nouvel Œuvre à l'état d'action distincte et séparée ne saurait être évidemment que la Dénonciation de l'Ancien Droit

(1) Selon la remarque très exacte de Carou, il a réellement *rétabli* au nombre des Actions Possessoires une action que la jurisprudence tendait de plus en plus à éliminer et à fondre dans la complainte. Loin donc d'avoir supprimé la controverse, il n'a fait que lui donner un aliment nouveau.

(2) La seule objection qu'on fasse c'est que la loi de 1838 est une loi de compétence qui n'a pas eu pour but de déterminer les caractères de la Possession et des diverses actions possessoires. Mais les discussions parlementaires qui ont accompagné la loi sont contraires à cette argumentation.

en tant qu'elle s'accorde avec les principes actuels sur la Possession qualifiée. Mais l'Ancien Droit tendait aussi à s'approprier tous les principes romains compatibles avec l'idée d'Action Possessoire. Aussi nous rangeons-nous en principe à l'opinion de MM. Aubry et Rau, § 188, note 2. « Pour nous, disent-ils, nous voyons dans la D. de N. Œ. une sorte de fusion de la « novi operis nuntiatio » du Droit Romain avec la complainte. Cette manière de voir nous amène à dire qu'elle diffère de la complainte en ce qu'elle peut être formée à raison du trouble simplement éventuel et qu'elle n'en diffère que sous ce rapport. » Et partant de cette idée fondamentale, MM. Aubry et Rau définissent notre action en ces termes : La Dénonciation de Nouvel Œuvre est une action possessoire ayant pour objet de faire ordonner la suspension de travaux qui, sans causer un trouble actuel à la Possession du demandeur produiraient ce résultat s'ils venaient à être achevés.

275. — Mais il faut trouver maintenant une hypothèse où l'on ait la Dénonciation et où l'on n'ait pas la complainte, sans quoi la distinction de la loi de 1838 ne serait pas justifiable. Supposons que le défendeur éventuel ait commencé un barrage, dont l'effet serait, s'il était achevé, de faire refluer les eaux sur le fonds d'un co-riverain. A quel moment y a-t-il complainte ? D'après les indications que nous avons données, c'est lorsqu'il y a une atteinte à la Possession et une atteinte actuelle. Il faut bien se garder de dire un dommage actuel, car nous avons vu que pour intenter complainte, il n'était pas besoin que le trouble causât aucun dommage et que l'intérêt qu'on avait à faire reconnaître sa Possession faisait qu'on ne tombait pas sous l'application de la règle : pas d'intérêt, pas d'action.

Mais qu'est-ce qu'une atteinte actuelle, qu'est-ce qu'une atteinte future? Selon nous également, il ne faut pas confondre absolument une atteinte future et une atteinte éventuelle (1). L'atteinte éventuelle, mais

(1) De même, le trouble imminent n'est pas le trouble éventuel, mais le trouble futur certain.

certaine qui, pour reprendre notre hypothèse, se doit produire, si certaines conditions de fait se réalisent, peut constituer un *trouble actuel*. Ainsi le barrage comporte des vannes; mais ces vannes, d'après leur ouverture, seraient insuffisantes en temps de crue; le trouble est éventuel, mais il est certain et constituera une atteinte actuelle à la Possession. En effet, si l'on adopte une autre solution une fois le barrage achevé, je n'aurai plus la Dénonciation de Nouvel Œuvre, qui ne subvient qu'aux cas d'ouvrages en cours d'exécution. D'autre part, si l'on n'admettait qu'une atteinte future à la Possession, je n'aurais pas encore la complainte; mais si cette année-là il ne vient pas de crue, au bout d'un an je ne pourrai plus agir d'aucune manière au Possessoire, puisque le barrage sera l'objet d'une Possession annale. Ce raisonnement démontre bien qu'un trouble éventuel, mais certain, constitue une atteinte actuelle à la Possession, et que, dans ce cas-là, il y aura lieu à la complainte. — On cite aussi, souvent comme hypothèse de Nouvel Œuvre, le cas où, sur un fonds grevé au profit d'un autre fonds, d'une servitude « altius non tollendi », on commence des travaux de construction. Mais, comme nous l'avons remarqué plus haut en citant cette espèce, il est bien difficile de voir à quel moment le trouble cesse d'être futur pour devenir actuel; si la construction sort de terre si peu que ce soit, si même on maçonne les fondations, il y a, ce nous semble, une atteinte actuelle. Tout bien considéré donc, il nous paraît que ce qui constituera le trouble futur et pourra donner ouverture à une D. de N. Œ., ce seront bien plutôt les préparatifs de l'ouvrage même que l'ouvrage en cours d'exécution (1). Ainsi la réunion de matériaux sur le fonds grevé d'une servitude « altius non tollendi » et le tracé sur ce terrain, les fouilles pour les fondations nous semblent donner ouverture à D. de N. Œ. plutôt qu'à complainte; de même les travaux préalables à la

(1) Wodon, n° 182, prétend, au contraire, qu'il faut un « opus solo conjunctum » dans les termes du Droit Romain. L. 1, § 2, L. 12 et 13 « De Op. Nov. Nunt. », 39, 1.

pose du barrage. C'est, à proprement parler, dans ces seules hypothèses et autres semblables qu'on peut voir une Dénonciation possible distincte d'une complainte. C'est pendant les préparatifs de travaux, bien plutôt que pendant l'exécution même de ces travaux, qu'on peut parler de trouble futur. Il est impossible, dans les cas de cette espèce, de fixer d'une manière absolument certaine quand la complainte commence à être recevable. En admettant, par suite, la Dén. de N.-Œ., nous estimons que le législateur, en définitive, n'a obtenu d'autre résultat que d'éviter les discussions délicates dans le cas où le trouble est certain, mais non encore nettement dessiné. (Cpr. nos 250 et 251).

D'autre part étant donné que dans notre droit on attache peu d'importance aux termes pour s'attacher surtout à l'intention des parties; très souvent en pratique on verra des actions qualifiées par ces parties, Dén. de N. Œ. et qui ne seront au fond que des complaintes. Il n'y a selon nous aucune fin de non-recevoir à coter contre une action ainsi qualifiée parce qu'elle demanderait destruction et non suspension des travaux. Néanmoins comme conseil de pratique il est toujours préférable pour une entreprise en cours dont il ne résulte qu'une atteinte équivoque à la Possession, il est préférable si l'on qualifie son action de Dénonc. de N. Œ. de demander subsidiairement les fins de la complainte; c'est-à-dire la maintenue avec toutes suites qu'il appartiendra. A l'inverse au cas de matériaux réunis seulement pour la construction, au cas de simples préparatifs, il sera préférable de ne pas introduire purement et simplement la complainte.

276. — Telle est après longues réflexions (1) le seul cas où, il nous semble, la D. de N. Œ. puisse avoir une

(1) On voit par suite que notre théorie n'est pas absolument celle de MM. Aubry et Rau. Comme eux nous pensons que le demandeur qui se trouve exposé à se voir troublé dans la possession par l'achèvement de travaux commencés a un intérêt légitime à prévenir le trouble. Mais nous estimons qu'ils ne distinguent pas assez soigneusement le trouble éventuel du trouble futur. Leur formule qui fait supposer des travaux en cours ne marque pas nettement que ces travaux en cours ne donnent le plus souvent lieu qu'à la complainte, car d'ores et déjà ils impliquent une prétention contraire à la possession du demandeur.

application spéciale, le seul cas où la complainte puisse ne pas paraître assez ample et la notion du trouble sur la complainte assez compréhensif. Nous avons ainsi satisfait aux exigences de la loi du 25 mai 1838. Mais il faut reconnaitre qu'en fait cette hypothèse est peu pratique, car il est bien peu de personnes qui soient pressées d'agir au possessoire avant d'être bien certaines des intentions de leur adversaire. Qui ne voit que dans ces hypothèses que nous avons parcourues, le trouble s'annonce bien comme probable, si les travaux commencent, mais non pas comme inévitable. Une simple sommation faite d'avoir à s'expliquer sur les intentions que l'adversaire peut avoir pourra donc et devra le plus souvent précéder les voies judiciaires. Le refus d'y répondre, qui n'équivaudrait pas ce nous semble à un trouble de droit, pourra permettre d'engager avec sécurité cette procédure. Si l'on assigne sans cette sommation; deux choses peuvent se produire, ou bien le dénoncé s'explique d'une façon satisfaisante sur les travaux qu'il veut entreprendre, montre qu'ils ne pouvaient et ne devaient produire aucun trouble futur et l'on succombe; ou malgré ses dénégations il appert que les préparatifs par lui faits ne pouvaient être que les préliminaires d'une entreprise attentatoire à la Possession du dénonçant; il lui est alors fait inhibition de rien commencer ni rien entreprendre; ou enfin il déclare qu'il prétend en effet commencer les travaux et il soutient qu'il en a le droit. Dans ce cas, suivant les explications données plus haut et en raison de la jurisprudence qui voit dans les soutiens contraires à la Possession du demandeur produits par le défendeur en cours d'instance, un trouble de droit qui suffit à couvrir la fin de non-recevoir qui pourrait résulter de ce qu'il n'y avait pas encore eu de trouble au moment de l'instance engagée, la Dénonciation de N. Œ. se trouve changée en une véritable complainte et elle en peut comporter toutes les suites, l'action devient alors prohibitoire et restitutoire à la fois. V. n° 251 et la note.

278. — Il résulte de notre théorie que nous ne concevons de dénonciation de Nouvel Œuvre que si les

travaux doivent se faire sur le terrain du dénoncé et non sur le terrain du dénonçant. Certains au contraire admettent le principe contraire en tirant argument du Droit Romain (Troplong, cité plus haut; Wodon n° 180, Cpr. Rapport de M. le conseiller Poultier sur Cass. 4 février 56; Dall. 56. 1. 296). Mais il faut avouer que Troplong donne un bien mauvais exemple à l'appui de sa théorie. « On peut supposer que mon voisin a réuni les matériaux sur son fonds pour bâtir sur le mien et qu'averti par ces préparatifs ainsi que par un tracé qu'il a fait sur mon terrain, je prends l'initiative en lui faisant défense de rien construire et de réaliser son projet » (n° 318). Sans doute, une pareille sommation est très utile; mais ce n'est pas là une manière d'introduire l'instance de Nouvel Œuvre; c'est une mesure préalable, un acte extra-judiciaire, voilà tout. Et puis, ne voir qu'une atteinte future dans la réunion seule des matériaux sur le terrain du troublant, passe encore; mais l'auteur suppose qu'on ne s'en est pas tenu là et qu'on est venu faire un tracé sur le fonds du voisin et il ne voit pas dans cette entreprise une atteinte actuelle à la possession de ce voisin. Or, c'est pour nous un cas de Complainte usuel, sans aucune difficulté, où la controverse ne se conçoit que dans l'opinion de ceux qui exigent que le trouble cause un préjudice, opinion déjà réfutée (n° 251). D'autre part, si nous supposons uniquement que les matériaux sont réunis sur le fonds du dénoncé, qui se propose de faire construire sur le fonds du dénonçant, il n'y a aucune espèce de trouble, ni présent, ni futur, car il n'a pas encore à sa disposition le futur emplacement; l'hypothèse est toute différente de celles que nous avons examinées, et il n'y a lieu ni à Complainte, ni à Dénonciation de Nouvel Œuvre; c'est quelque chose d'insignifiant au point de vue possessoire. Si nous supposons, au contraire, que le dépôt des matériaux est fait sur le terrain du voisin où le dénoncé se propose de bâtir, il y a trouble actuel et complainte, sans difficulté. Dès qu'il y a la moindre main-mise sur le fonds du demandeur, il est impossible de parler de trouble futur;

il y a une atteinte à la possession née et actuelle. (C'était la théorie de Bouchel, V° Dénonciation. V. aussi Henrion de Pansey, ch. 38 ; Pardessus, Servit., n° 327 ; Dalloz (loc. supr. cit.) et la note sous l'arret de 1856 ; Appleton, § 373 ; Aubry et Rau, § 188, note 3. V. aussi Cass., 28 Mars 1836 ; Sirey, 36, 1, 538 ; Juill., 36 D., 37, 1, 431, et 26 juin 43, D. 43, 1, 345).

Il va aussi pour nous sans difficulté que les travaux ne doivent pas être achevés, puisqu'à peine les concevons-nous commencés (Dans ce sens A. et Rau, v. cep. Appleton, § 371, 372).

278. — Toute cette discussion nous permet d'écarter d'un mot les multiples théories sur la D. de N. Œ. (Alauzet. p. 268 ; Daviel, 471 ; Bélime, 361-364 ; Crémieu, 245 ; Bourbeau, 295) qui, toutes, tendent à nier son existence par des motifs différents. Pour nous, la D. de N. Œ. est une action possessoire qui n'est séparée de la Complainte que par une nuance insignifiante et qu'on pourrait faire disparaître sans inconvénient. Il est à remarquer, en effet, que, depuis la loi de 1838, la jurisprudence, à notre connaissance, n'en a pas reconnu une seule application (Cpr. l'arrêt cité de 56. V. aussi Cass., 7 avril 75 ; Sir., 75, 1, 299, D. 75, 1, 381).

— De ce que la Dénonciation de N. Œ. est une action possessoire, il résulte qu'elle est soumise à toutes les règles de la Complainte ; elle exige, dans la personne du demandeur, la même possession qualifiée, la même possession annale ; elle doit être fondée sur des faits posés dans l'année (1). D'autre part, elle doit être soumise à la seule juridiction des juges de paix et motivée sur la possession, non sur un droit au fond. La théorie de Carré, qui admettait une Dénonciation incidente et provisionnelle doit donc être absolument condamnée. Mais il faut bien remarquer qu'il n'est aucu-

(1) Est-il besoin de remarquer, avec Curasson, n° 539, quelle erreur ce serait que de ne s'attacher qu'au fait d'innovation et d'admettre la Dén. dès l'instant que le Nouvel Œuvre pratiqué sur le fonds du défenseur l'a été dans l'année ? — Ici s'applique tout ce que nous avons dit à propos de la Complainte sur le trouble autorisé par titre conventionnel ou légal, et sur le fait de l'administration (n°s 252-254).

nement interdit d'agir dans le sens même de la D. de N. Œ. par voie de référé ou par une demande incidente au pétitoire. Toutefois il faut observer que les actions ainsi introduites n'ont rien de possessoire ; qu'elles ne tendent qu'au même but apparent, car, nous l'avons constaté, l'essence de l'action possessoire, c'est de tendre à la proclamation de la possession et toutes les condamnations découlent de là par voie de conséquence ; qu'elles constituent un provisoire, tandis que la D. de N. Œ. donne une solution définitive. (Merlin, Quest. V° Dén., § 3 et 4 ; Dalloz, Act. poss., 632; Cas., 5 août 45 ; Dall., 4 5, 1, 396. Troplong, 321 ; Appleton, § 375). — Et, pour bien éclairer cette différence, il est bon de remarquer que lorsqu'on dit que la D. de N. Œ. se distingue de la Complainte en ce que l'une tend seulement à la suspension et l'autre à la destruction des travaux, il est bon de remarquer, et ceci reviendra quand nous étudierons l' « officium judicis », que la Complainte ne tend pas nécessairement à destruction. Tout dépend et des conclusions prises et des différentes espèces.

Enfin, ce serait une erreur que d'exiger, outre la suspension des travaux, une « cautio de non turbando » ou d'admettre que l'auteur du Nouvel Œuvre peut être reçu à verser caution pour continuer ses travaux. Ce sont là des solutions inconnues de notre droit actuel. Nous sommes en présence d'une action possessoire que le juge de paix doit terminer d'après les principes généraux du possessoire et sans se préoccuper du pétitoire qui pourra suivre ou non (Troplong, n° 318; Leligois, V° D. N. Œ., n° 14; Wodon, n° 176 ; Bourcart, p. 256, texte et note 1. — Contra Rodière, Cpmp. et proc. I, p. 72).

IV. — De la Réintégrande

279. — Cette action à laquelle la jurisprudence a donné une place complètement à part parmi les actions possessoires, qu'elle a rendu tout à fait semblable à l'action canonique, au Remedium spolii dont nous

avons parlé plus haut, est l'objet des plus vives controverses.

L'action en Réintégrande est-elle une action distincte de la complainte ou bien n'est-ce qu'une branche de cette complainte ? Et si elle constitue une action distincte, quelles en sont les conditions ; faut-il, pour l'intenter, une possession qualifiée non annale ou une une simple détention? Ce sont là des points toujours débattus et pour arriver à présenter une théorie satisfaisante, il nous paraît essentiel de donner un historique complet de la naissance et du développement de cette action.

280. — La Réintégrande n'est pas l'interdit romain. « Unde Vi ou De Vi. » Tout le monde s'accorde à le reconnaître. En Droit Romain, comme nous l'avons vu, pour intenter cet interdit il fallait une Possession, non pas seulement une simple détention, et du reste il n'était pas plus question d'annalité pour « l'Unde Vi » que pour « l'Uti possidetis » puisque les Romains n'avaient connu la condition de durée dans la Possession que pour l'Utrubi et pour certaines servitudes. D'autre part dans le dernier état de la législation romaine, à l'époque de Justinien, aucune exception n'était admise contre la violence, et même le vrai propriétaire qui essayait de rentrer en possession par force, perdait tous ses droits à titre de peine.

Le Droit Canon créa le « remedium spolii » et mit en honneur la maxime « spoliatus ante omnia restituendus » ; nous avons constaté que la pratique canonique accorda le « remedium spolii » aux simples détenteurs, qu'elle repoussa toutes les exceptions au cas de violence, qu'elle donna l'action contre le tiers détenteur sans toutefois appliquer les peines édictées par Justinien contre l'auteur de la violence, et même contre le légitime propriétaire (V. nos 159 et 160).

Mais que devenait pendant ce temps l'action pour dépossession dans le Droit civil ? Nous avons vu successivement l'action en nouvelle dessaisine sous le regime féodal qui n'avait rien de possessoire, puis à l'époque de Saint-Louis et de Beaumanoir un système

possessoire complet, « Nul ne doit en nulle court pleder desaisis, » disent les Etablissements. Des passages de Beaumanoir cités plus haut résulte aussi, malgré la controverse élevée par Alauzet, la preuve que dans le cas de Réintégrande, il suffit de prouver qu'on possédait au moment de la spoliation. Enfin, les observations faites à propos de la réforme de Simon de Bucy, dont Troplong prétend tirer argument, démontrent que l'action de saisine et de nouvelleté comprenait bien les deux autres actions de novele desaisime et de novel torble dont parle Beaumanoir, mais non la troisième espèce, l'action de force.

281. — Nous avons vu combien la rénovation des études de Droit Romain et les tentatives faites postérieurement, notamment par Othon le Senonais pour plier au Droit Romain toutes les actions alors existantes, avaient apporté de trouble et de confusion. D'autre part, aucun texte des coutumes et des ordonnances n'était décisif et ne tranchait la controverse. L'art. 96 de la Coutume de Paris qui ne parlait même pas de l'annalité ne visait pas la question. L'ordonn. de Villers-Cotterets et celle de 1667, art. 2, distinguaient bien la complainte et la Réintégrande, ce qui est une présomption qu'il y avait bien quelque différence ; mais ne précisaient rien, ne donnaient aucun renseignement sur les règles spéciales à l'une et à l'autre. Les auteurs étaient divisés. Un point cependant nous semble acquis à propos de la Réintégrande dans l'Ancien Droit ; c'est que les praticiens tenaient pour la Possession sans annalité et la détention, et que les théoriciens voulaient une seule Possession, la même que pour la complainte. En tout cas, c'était un point controversé dans la doctrine : « Dans quel temps, dit Rhodier, faut-il être en Possession pour intenter l'action en complainte et Réintégrande ? L'ordonnance ne le dit pas. Imbert en sa Pratique, ch. 17, n° 6, croit qu'il n'est pas nécessaire que le demandeur prouve Possession d'an et jour avant la spoliation, ains seulement qu'il était possesseur lors de la spoliation. *Mais la plupart des auteurs* tiennent qu'il faut avoir au

moins la possession d'an et jour, parce que la possession annale vaut titre jusqu'à ce que le droit de propriété soit prouvé au contraire. »

Mais l'opinion d'Imbert était loin d'être isolée. Papon même, antérieur comme Imbert à l'ordonnance, 11e Not. 8. Titre de l'Int. « Unde vi » accorde la réintégrande au possesseur violent, clandestin, précaire. Serpillon, dans son commentaire sur l'ordonnance, estime qu'un fermier peut intenter la réintégrande prévue par l'art. 2. pour se faire réintégrer, s'il a été dépossédé par violence, Serpillon remarque aussi que d'après l'ordonnance même et son texte il y a une opposition trés marquée entre les deux actions (1).

« Telle était aussi, dit M. Appleton, § 376, l'opinion de l'avocat Melenet, art. II titre XVIII de l'ordonnance, et de Lange, dans son praticien français, Ch. 33. I. p. 575. »

Enfin Denizart V° Complainte, n° 14, 15 indique nettement « que pour intenter la complainte il faut avoir la Possession d'an et jour dans le dernier temps et y être troublé; pour demander la réintégrande au contraire, la Possession actuelle au temps où l'on a été dépossédé suffit. » Et il cite en ce sens une jurisprudence (arrêts de 1603, 1749, 1764, 1773) V. Bourbeau, n° 282).

Pothier enfin, que Troplong a invoqué en sens contraire, après des définitions ambigues qui ne marquent pas suffisamment la différence de la complainte et de la réintégrande décide (Poss. n° 123) qu'on n'examine sur l'action reintégrande *que le seul fait de dépossession par violence; et que quel que puisse être le spoliateur*, il suffit qu'il soit établi qu'il a dépossédé par violence le demandeur en réintégrande pour qu'il doive être con-

(1) Voici le texte de l'ordonnance, art. 1. Si aucun est troublé en la Posssession et jouissance d'un héritage, ou droit réel ou universalité de meubles qu'il possédait publiquement sans violence, à autre titre que le fermier ou possesseur précaire, il peut dans l'année du trouble, former complainte en cas de saisine et nouvelleté contre celui qui a fait le trouble. — Art 2. Celui qui aura été dépossédé par violence ou voie de fait, pourra demander la réintégrande par action civile et ordinaire ou extrordinaire par action criminelle; et s'il a choisi l'une de ces actions, il ne pourra se servir de l'autre si ce n'est qu'en prononçant sur l'extraordinaire, on lui eût réservé l'Action civile.

damné à le rétablir dans la Possession de l'héritage dont il l'a dépossédé. » Ainsi donc et pour conclure, dans l'ancien droit la jurisprudence et une partie de la doctrine admettaient le « remedium spolii » dans les termes du droit canonique. Il n'y avait de divergence que sur le point seulement de savoir si l'action devait être accordée même au détenteur précaire. Une partie des auteurs soutenait, il est vrai, que la réintégrande n'était qu'une branche de la complainte.

282. — La loi de 1790 ne décide rien sur la question. Le code de Pr. et l'art. 23, d'autre part, sont muets sur la difficulté et nous sommes contraints d'avouer que c'est une présomption contre l'opinion actuelle de la jurisprudence. L'art. 2060 parle bien de la réintégrande et suppose que le propriétaire d'un fonds, dépouillé par voies de fait a obtenu le délaissement au moyen de cette action. On est bien obligé toutefois de reconnaître que ce texte ne tranche rien et d'autre part l'argumentation qu'on tire du silence de l'art. 23 constitue une objection difficile à écarter. Et il faut dire enfin qu'on n'a pas encore trouvé de raison valable pour se tirer de cet embarras. On essaye de soutenir, il est vrai, que l'action en réintégrande n'est pas une action possessoire ordinaire et proprement dite puisqu'après la réintégrande on peut former la complainte. Mais c'est là une vraie pétition de principe, à bien considérer le fond des choses. Ayons donc la franchise d'avouer que lorsque Henrion de Pansey a fait revivre la réintégrande, il pouvait avoir raison historiquement mais que la rigueur des textes condamnait sa théorie (1). D'ailleurs on ne doit que s'applaudir d'avoir vu ses solutions adoptées par la jurisprudence, car la réintégrande a deux avantages essentiels, elle comble une lacune de notre législation car : 1° elle garantit celui qui n'a pas encore la possession annale contre l'agression sans droit d'un tiers; 2° elle dispense le possesseur annal de la preuve et des enquêtes tou-

(1) En effet l'art. 1041, pr. abroge tous les lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile (V. Curasson, 549).

jours hasardeuses, dans une hypothèse éminemment favorable. On ne saurait donc que féliciter la jurisprudence française, si complétement esclave du texte la plupart du temps de s'être ici dégagée de ses préoccupations ordinaires et d'avoir consacré une action extrêmement utile et même indispensable dans la pratique. C'est ce que Troplong a le tort de ne pas avoir aperçu, lui qui soutient que la réintégrande n'est pas admissible en raison (n° 304).

283. — Henrion de Pansey, dans son Traité de la Compétence, ch. 34 et ch. 52, a justifié théoriquement son opinion ; elle a reçu la consécration de la jurisprudence dans un arrêt du 28 déc. 1826, rendu sous sa présidence et remarquablement motivé : « Attendu, en droit, que nul ne peut se faire justice à soi-même ; « cur enim ad arma, ad rixas procedere patiatur prætor, quos potest jurisdictione sua compescere » (L. 13 et 3 ff. « De Usufructu ») ; que celui qui a été dépouillé par violence ou voie de fait doit, avant tout, rentrer dans sa Possession, « spoliatus ante omnia restituendus » ; que c'est, sur ces principes conservateurs de l'ordre social et de la paix publique, que repose l'action en Réintégrande ; que cette action, généralement admise dans l'ancienne législation française, loin d'avoir été abrogée par la nouvelle, est reconnue comme étant encore en pleine vigueur par une disposition formelle de l'art. 2060 du Code civil ; que l'art. 23 du Code de procédure, sainement entendu, ne doit être appliqué qu'aux actions Possessoires ordinaires, à l'égard desquelles c'est le droit ou la qualité et non pas le fait de la Possession qu'on considère ; que ces actions ont toujours été bien distinctes de l'action en Réintégrande, et par leur nature et par leurs effets ; — par leur nature, car les actions Possessoires ordinaires, naissant d'un trouble quelconque et fondées sur une jouissance civile, doivent présenter une Possession annale, publique, paisible et non à titre précaire ; tandis que l'action en Réintégrande, naissant d'une dépossession par violence ou voie de fait et fondée sur une jouissance matérielle, ne doit présenter qu'une simple détention

naturelle au moment de la dépossession ou voie de fait ; — par leurs effets, car à l'égard des premières, le jugement assure au Possesseur une Possession civile, légale, définitive et qui ne peut être renversée qu'au pétitoire, tandis que, à l'égard de la seconde, le jugement ne rend au détenteur que la jouissance momentanée, matérielle, provisoire et qui peut être anéantie, même au Possessoire ».

Et, dans un autre considérant, l'éminent magistrat établit ce qu'on doit entendre par la *vis* sur la Réintégrande : « Attendu que si la violence a ses caractères particuliers, il n'est pas nécessaire du tout qu'il y ait eu des combats et du sang répandu, et que pour l'établir, notamment dans l'action civile en Réintégrande, il suffit que l'acte par lequel une partie usurpe, de sa propre autorité, sur l'autre, l'objet contesté, renferme une voie de fait, grave, positive, telle qu'on ne pourrait la commettre sans blesser la sécurité et la protection que chaque individu en société a droit d'attendre de la force des lois : « Vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est quoties, quis id quod deberi sibi putat, non per judicem reposuit. (L. 7, « Dig. Ad leg. Jul.de vi privat. », 48, 7). (V. Dall. 27, 1, 107). Cet arrêt principe a été suivi de plusieurs autres dans le même sens (V. notamment 18 février 1835, D.35-1-184. V. aussi Sir. 36-1-14 et Observations de Devilleneuve, et la note du même arrêtiste, 37-1-615).

Tel était l'état certain de la jurisprudence au moment des discussions de la loi de 1838. C'est un point qui n'est contesté par personne.

284. — Et voici comment s'exprimait le garde des sceaux dans l'exposé des motifs de cette loi : « Le législateur ne doit plus abandonner aux variations de la jurisprudence la solution de questions controversées ou qui pourraient l'être. Dans ce dessein, le projet de loi ajoute à la clarté du 2^{me} paragraphe de l'art. 10 de la loi du 24 août 1790, en s'expliquant au sujet des entreprises commises dans l'année sur les canaux servant au roulement des usines et moulins, et en classant formellement, au nombre des actions Possessoires,

les dénonciations de Nouvel Œuvre, *la complainte qui s'exerce en cas de simple trouble apporté à une Possession acquise*, la Réintégrande qui suppose la spoliation du Possesseur ». Le rapport de M. Renouard, d'autre part, nous apprend quelles étaient les intentions du législateur : « L'art. 6, dit-il, donne, *à l'aide de la jurisprudence*, une explication plus complète des actions Possessoires que ne l'a fait la loi de 1790 ».

Tout cela, ce semble, est bien net ; en vain dira-t-on que la loi de 1838 n'est qu'une loi de compétence ; mais le Code de procédure même ne contient-il que des dispositions relatives à la compétence et à la procédure ? Et l'art. 23 lui-même n'est-il pas beaucoup plus qu'une disposition de compétence ? Il est vrai qu'Alauzet, de Parieu, Bélime, p. 415, prétendent que le législateur n'a pas voulu prendre parti, qu'il a esquivé la difficulté et blâment un pareil procédé législatif. Tout au moins doit-on dire qu'en nommant la Réintégrande, il a eu un but. Et ce but, le rapport l'indique : c'est de sanctionner la jurisprudence incontestée. On a craint, sans doute, en s'engageant dans des définitions et des distinctions délicates sur un terrain difficile, d'augmenter encore les discussions. Le procédé peut être critiquable, mais l'intention est évidente, indiscutable (1).

Et la jurisprudence n'a pas hésité ; elle a continué imperturbablement sa route ; il n'est pas un point, l'on peut dire, où elle soit plus constante, plus nette, plus absolue. Citons, immédiatement après la loi de 1838 : Cass. 19 août 1839, D. 39, 1, 338, et plus de quarante arrêts rapportés dans les recueils. V. parmi les plus récents : Cass. 12 août 74, D. 76-1-501 ; 14 mars 76, D. 78-1-68 ; 22 janvier et 27 février 78, D. 78-1, 277 et 316 ; 20 juill. 80, D. 81-1-476 ; 28 oct. 85, D. 86-1-309). V. aussi dans le même sens Aubry et Rau, § 189, texte et note 1 ; Duranton, 4, 246 ; Proudhon, Domaine privé II, 490-492 ; Garnier, p. 42 et suiv. ; Daviel, I, 470 ; Bélime, 371-381 ; Appleton,

(1) Ce n'est pas toutefois, il faut le reconnaître, l'opinion de Foucher qui commenta la loi à son apparition. V. aussi Chauveau, q. 107 *bis*.

§ 382; Bourbeau, 282 et suiv.; Bourcart, n° 102 et suiv.; Wodon, 113 et suiv. (1). — Contra : Curasson, n° 541 et suiv.; Troplong (Prescript. 296-311, Contrainte par corps, 84 et suiv.); Boitard, 2, 123; Foucher, n° 268; Carou, 70; Zachariæ I, § 191. V. les auteurs cités par A. et R., loc. cit., et par MM. Poux-Lagier et Pialat sur Curasson II, p. 85, note a).

285. — Enfin, pour terminer cet exposé, remarquons qu'à la suite de la loi belge du 25 mars 1841, identique à notre loi du 25 mai 1838, la jurisprudence belge s'était fixée dans le même sens. La nouvelle loi belge sur la compétence du 25 mars 76, article dernier, décide que la Possession annale et juridique (2) n'est pas requise quand la dépossession ou le trouble a été causé par violence ou voie de fait. On n'a pas cru en Belgique, malgré ce que dit Troplong (loc. supr. cit.), que la Réintégrande fût une action inadmissible en raison. La civilisation moderne est loin d'être incompatible avec le vieux remède canonique; c'est un fait que l'expérience et la pratique démontrent tous les jours et que des Codes, inspirés par les nôtres, n'hésitent pas à proclamer (notamment le Code hollandais, art. 609, et le Code de Genève, art. 261).

286. — Nous pouvons, maintenant, aborder en pleine connaissance de cause l'examen des difficultés que comporte la Réintégrande.

La Réintégrande est une action Possessoire, cela résulte évidemment des textes. Elle doit être, comme les autres actions Possessoires, intentée dans l'année de la dépossession et le juge de paix doit également en connaître (Pr. art. 3, n° 2, loi 25 mai 1838, art. 6, n° 1.) A un autre point de vue, elle a le caractère Posses-

(1) Il est nécessaire de remarquer que certains de ces auteurs se séparent de la jurisprudence en ce qu'ils n'admettent pas l'action pour le simple détenteur. Mais ils sont d'accord pour reconnaître que la loi de 1838 a tranché la question de l'existence indépendante de la Réintégrande. (Nous discuterons plus bas cette divergence).

(2) La loi belge a donc tranché toutes les controverses qu'on rencontre à propos de la Réintégrande; mais en décidant que la Possession juridique n'est pas requise, n'a-t-elle pas manqué à la logique? Elle a constitué une sorte d'action aquilienne. Mais comment concilier ce caractère avec celui de la réalité de l'action?

soire, au moins « lato sensu », en ce qu'elle ne porte que sur la Possession, ou tout au moins sur la détention, sans toucher au fond du droit. C'est une action restitutoire de la chose, c'est une action réelle.

Mais elle tient une place à part dans le système possessoire en ce qu'elle n'est pas fondée seulement sur la Possession. Elle suppose un acte illicite « un acte agressif qui mette en mouvement le droit de légitime défense et trouble l'ordre public (Cass, 28 oct. 85 ; D. 86. 1-309. — V. aussi l'arrêt de 1826, cité plus haut. — A. et Rau, § 189, p. 165).

287. — Il existe une vive controverse sur le point de savoir quelle Possession est exigée. La majorité des auteurs admet maintenant avec la jurisprudence qu'il n'est pas besoin de Possession annale. C'est l'opinion que nous avons démontrée par avance en prouvant que la Réintégrande formait une action distincte de la complainte (V. autorités citées au n° 284). Mais parmi ceux-là même qui décident que la Réintégrande n'exige pas une Possession annale, il existe une vive controverse à propos de la nature de la Possession requise. Les uns comme Bélime (n° 383). Aubry et Rau (§ 189, texte et note 2 et 3 ; Appleton, § 377. (V. aussi Guillouard. Louage. 1-162), et la jurisprudence est en ce sens, décident que l'énergie spéciale de la Réintégrande se manifeste en ce qu'il n'est pas besoin pour l'intenter de Possession proprement dite, de Possession qualifiée dans les termes de l'art. 2229. Par suite le fermier, l'antichrésite, tous ceux qui détiennent pour le compte d'autrui auront la Réintégrande comme le possesseur ordinaire (V. les arrêts cités plus bas). Mais la question se trouve modifiée naturellement à propos du bail pour ceux qui admettent avec Troplong que c'est un droit réel. Dans ce cas sans difficulté, il pourrait donner droit à la Réintégrande puisqu'il permettrait d'agir même en en complainte. — D'autres comme Wodon, 131, et suiv. Bourcart, p. 251-252, exigent sinon une Possession exempte de vices, au moins une Possession véritable

avec « animus domini », et essayent d'assimiler la Réintégrande à l'Undi Vi de l'époque de Justinien.

Au point de vue de la logique et de la pure raison, il est certain que ce dernier système est des plus sérieux. On conçoit très bien qu'on ne tienne nul compte des vices ; une Possession vicieuse est encore une Possession, seulement elle doit succomber sur l'exception « vitiosæ possessionis ». On comprend par suite très bien qu'on refuse l'exception à l'auteur de la voie de fait. Mais s'il n'existe aucune Possession ; s'il s'agit d'une détention pour autrui ; d'une Possession précaire, comment admettre raisonnablement que le détenteur puisse agir *à raison de la chose*? S'il a été chassé de l'immeuble en fait, c'est celui pour qui il détient qui a été spolié en droit, et il est d'évidence qu'on ne peut contester que le propriétaire aussi bien que le fermier dans l'opinion contraire, n'ait droit à la Réintégrande. Et si le propriétaire se présente après que le fermier a été réintégré, pourra-t-il demander de nouveaux dommages-intérêts ? Et si, d'autre part, le fermier perd le procès en réintégrande qu'il a intenté, y aura-t-il chose jugée contre le propriétaire qui voudrait recommencer le procès pour les mêmes causes ?— Il est évident que ces objections sont des plus sérieuses. M. Wodon essaye de les fortifier par une argumentation historique peut être moins heureuse. —Il soutient qu'attribuer la Réintégrande au simple détenteur, c'est interpréter faussement le Droit Canon (1). Il faut s'entendre ; nous avons vu en effet que le Canon Redintegranda et le Canon Sœpe, aussi bien que la Décretale Olim Possessor n'avaient pas la portée que la pratique a prétendu leur donner. C'est un fait incontestable, mais il est non moins certain (V. p. 221-222) que c'est sur cette pratique que se sont appuyés tous les auteurs de notre ancien Droit et surtout la jurisprudence des Parlements. — Il indique aussi que le Droit Romain était contraire ; mais il faut voir comment le Droit Romain était compris à l'époque

(1) N° 134.

de Beaumanoir, de Boutheiller et de Cujas, et non pas comme il l'est au XIX[e] siècle avec Savigny. Or il est certain que Cujas et Vinnius considéraient que le détenteur avait l'Unde Vi. C'était, on peut le dire, l'opinion générale. Et si nous considérons maintenant les auteurs de droit coutumier et les praticiens, nous voyons qu'il y avait controverse. Les uns comme Papon, Serpillon, Lange et Melenet accordaient la Réintégrande au simple détenteur, au possesseur dont la Possession était vicieuse ou précaire. Les autres, comme Imbert et Pothier (1), répugnaient à aller aussi loin. Mais les arrêts du Parlement, ainsi que Denizart nous l'atteste (Voir tous ces auteurs cités plus haut) étaient dans le premier sens. C'est aussi l'opinion qui a été suivie par la jurisprudence nouvelle (V. Cass., 19 nov. 1819 ; Sir., 20, 1, 209 ; 16 mai 1820 ; Sir., 20, 1, 430) et l'arrêt de 1826, déjà cité et rédigé par Henrion de Pansey décide nettement que « pour les actions ordinaires possessoires, c'est le droit et la qualité qui sont requis ; pour la Réintégrande, c'est le fait seul de la Possession. » Et il ajoute que la Réintégrande se fonde « sur la jouissance matérielle et sur la simple détention naturelle. » Or, cette jurisprudence était solidement établie à la veille de la loi de 1838 (V. Cass., 18 févr. 1835 ; D, 35, 1, 184. — 4 juin D. 35, 1, 278. — 17 nov. 35 ; Sir., 36, 1, 15). C'est donc celle-là qui a été consacrée, puisqu'on voulait confirmer les solutions de la jurisprudence. Et, qu'on le remarque, nous n'avons pas ici d'arrêts contradictoires comme pour la D. de N. Œ. Il faut donc tenir pour certain que le simple détenteur a droit à la Réintégrande. La jurisprudence est d'ailleurs restée aussi ferme sur ce point après qu'avant la loi de 1838. On peut extraire de ses multiples décisions cette formule aujourd'hui incontestée au palais : « La Possession, même précaire et momentanée, suffit pour la Réintégrande, pourvu qu'elle soit matérielle et ac-

(1) Et encore, avec toutes les variations de Pothier, est-il difficile d'apercevoir au juste toute sa pensée sur ce point.

tuelle.(V. les arrêts cités plus haut et notamment Cass. 28 oct. 85, D. 86, 1, 309.)

288. — On trouve dans les mêmes arrêts que la Possession doit être paisible et publique (V. aussi Aubry et Rau, § 189, note 7 et note 18). Mais il faut bien comprendre cette exigence spéciale. Il ne s'agit pas là des caractères généraux dont nous avons parlé dans notre ch. 2. La Possession, « quelque vicieuse ou injuste qu'elle soit (Pothier, Poss., 114 et 123. — Cout. d'Orléans, n° 44), la Possession injuste, violente ou clandestine (Papon, 11e Not. L. 8, Titre *Unde vi*) donne incontestablement le droit à l'action possessoire. C'était la règle du Droit Romain sous Justinien ; c'était la règle de la pratique canonique (1) ; c'était la théorie de Beaumanoir, pour qui cette action était si énergique qu'on devait être restitué encore que la saisine fût bonne ou mauvaise et qu'on dût ensuite encourir « la *hart* si la chose avait été *mal tolue ou mal emblée*. »

Et la jurisprudence est conforme (V. arrêt 8 juill. 45 ; Sir., 46, 1, 48 ; 25 avril 65 ; Sir., 65, 1, 223. — Appleton, § 347 ; Wodon, 124 et suiv.) Il est donc hors de toute discussion que le défendeur en Réintégrande ne peut opposer, par exemple, que c'est par voie de fait ou violence commise depuis moins d'un an que le demandeur s'était procuré la détention. Une telle exception serait irrecevable. De même l'exception de clandestinité. Le voisin, selon l'hypothèse d'Appleton, § 379, a creusé une cave sous ma maison ; je l'en dépossède par voie de fait. Il aura la Réintégrande. (V. cepend. A. et Rau, loc. cit., texte et note 6). Mais il faut que le demandeur établisse une détention certaine, c'est-à-dire publique et paisible au moment même de la voie de fait et dans un laps de temps appréciable auparavant. Le juge du possessoire a d'ailleurs, à ce point de vue, une grande latitude de décision. — Et ces explications nous permettent de résoudre une question éminemment pratique. Si nous supposons que l'auteur de la

(1) C'est ce que conteste à tort Troplong (Contr. par corps, 102-103) qui n'a pas tenu compte des dérogations que les tribunaux ecclésiastiques ou séculiers avaient apportées aux Décrétales.

violence arrive à déposséder le détenteur, mais après une lutte, et que ce dernier, presque immédiatement, reprenne sa possession, même par la violence, et enfin arrive à la conserver, il nous parait évident qu'il n'y aura pas contre lui d'action en Réintégrande. Le Droit Romain admettait qu'on avait le droit de repousser la violence « in ipso congressu » et non pas « ex intervallo ». Mais nous avons vu qu'il admettait ce principe avec le tempérament raisonnable et ne considérait que comme un seul combat, une lutte qui s'était poursuivie sans interruption notable avec des alternatives différentes de « dejectio » et de « reciperatio ». Ces solutions doivent passer dans notre Droit, car ce sont des solutions de raison; ce n'est, selon la remarque du jurisconsulte romain, que l'application largement entendue du droit de légitime défense (1) (L. 1, § 27, *Unde vi*, 43, 16. — V. Rapport du conseiller Mesnard sur l'arrêt du 5 juin 45, D. 45 1, 404). Enfin, il faut, en un certain sens, que la détention ne soit pas équivoque. Par exemple, vous passiez par tolérance sur mon fonds, je vous en empêche; vous puisiez de l'eau à mon puits, je le ferme à clef. Dans ces cas là, il n'y a même pas de détention et, par suite, pas de droit à la Reintégrande.

289. — Cela tient, d'ailleurs, à la nature du droit et aux règles de la Possession et de la Détention des servitudes. Et cette question nous amène à nous demander quels biens peuvent faire l'objet de l'action en Réintégrande. En principe, ceux-là seulement et aussi tous ceux qui peuvent faire l'objet de la Complainte. Mais comme la dépossession est nécessaire et qu'on ne conçoit pas la dépossession matérielle des servitudes discontinues, il en résulte qu'on n'a pas la Réintégrande si l'on est empêché par voie de fait d'exercer une servitude discontinue et non apparente. Il y a seulement trouble, et on est obligé de recourir à la Complainte (Cass., 5 Mars 1826, D. 28, 1, 163. — 28 oct. 85, D. 86, 1, 309). Est-il besoin de remarquer qu'à plus forte

(1) Remarquons encore que M. Bourbeau voudrait qu'on admit les innovations de faveur créées par Justinien au profit de l'absent (p. 73, Contra Appleton, § 384).

raison la Complainte ne peut s'exercer à propos de droits mobiliers, et par exemple en raison de la suppression d'une enseigne? (Annales Just. Paix, 1870, p. 52. — V., sur tous ces points Appleton, § 383-384; Wodon, 142, 143, 144; Leligois, hoc. verb., n° 13).

290. — Le trouble de la Réintégrande est donc un trouble de dépossession, mais de dépossession par voie de fait, car le trouble ordinaire ayant entraîné dépossession, tomberait seulement sous le coup de la Complainte (Appleton, § 384; Aubry et Rau, § 189, note 8, Cass., 6 décembre 54; Dalloz, 55, 1, 23; 6 juin 66; D. 67, 1, 119; 18 juin 66, 1, 425).

C'est là, toutefois, un point contesté par Bélime, qui décide que le trouble avec voies de fait est susceptible d'entraîner Réintégrande, alors même qu'il n'aurait pas opéré dépossession, que la Réintégrande ne se distingue plus de la maintenue par l'étendue du trouble, mais par son caractère. Cette opinion est restée isolée; elle était trop contraire à la tradition historique et ne peut s'appuyer sur aucun argument de textes. Mais il faut bien comprendre ce qu'on entend par dépossession; si, par voie de fait, on m'enlève une partie seulement de mon champ, j'ai la Réintégrande incontestablement pour me faire restituer, aussi bien que si l'on m'avait enlevé le champ tout entier; on comprend de même qu'il y ait dépossession d'une haie, de partie d'un mur; et, d'une façon générale, chaque fois qu'il y aura dépossession de la partie divisible d'un immeuble, il y aura lieu à Réintégrande. Il y a là une question d'appréciation selon les hypothèses très diverses qui peuvent se rencontrer (V. Bourbeau, n° 353). Il y aura également dépossession au cas de droit immobilier, notamment d'une servitude continue et apparente, si l'on détruit, par exemple, des travaux apparents faits par le possesseur du fonds inférieur pour recevoir les eaux d'une source, si même on élève un barrage qui empêche l'usage et la jouissance antérieurs, si l'on comble la rigole d'adduction (1). Il suit de là qu'il n'est pas absolument

(1) Cpr. Bourbeau : « Si des travaux ou des ouvrages apparents ont été

essentiel que les travaux qui constituent la voie de fait soient établis sur le fonds même de celui qui est dépossédé. De par la situation seule, il y a détention d'un état de fait auquel il ne peut être innové par violence.

291. — Pour constituer la violence, il faut, comme nous l'avons constaté, un fait illicite, mettant en mouvement le droit de légitime défense et de nature à troubler la paix publique. Il est évidemment impossible d'indiquer tous les cas supposables de violence. La destruction d'un ouvrage ou d'une construction quelconque, le comblement d'un fossé, l'envahissement par la charrue d'une partie d'un champ, une brèche faite à un mur, le fait de clôturer arbitrairement un terrain, d'expulser un possesseur peuvent être données comme exemples. Mais nous ne pouvons citer que les hypothèses les plus générales (V. les arrêts rapportés par Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, II, p. 89, et Pandectes fr., Act. poss., nos 697 et suiv. — V. Aubry et Rau, § 189, p. 167).

Il importe seulement de remarquer qu'il n'est pas essentiel pour qu'il y ait violence qu'il s'agisse de faits qui constitueraient des crimes et des délits s'ils avaient été commis au préjudice du propriétaire, il suffit d'actes arbitraires et violents de la façon la plus large V. A. et R., loc. cit., notes 11 et 12 Leligois. Vo Réintégrande, no 16). — Il faut ausssi que les faits comportent l'intention de s'approprier l'immeuble ; ou si ce sont des faits simplement de mauvaise foi qu'ils aient entraîné effectivement la perte de la Possession ; ainsi en principe le fait d'être venu couper des plants sur le terrain d'autrui, le fait d'y avoir stationné, d'avoir supprimé une barrière, enfoncé une clôture, tous ces faits n'entraîneront pas nécessairement dépossession (Cass., 12 mai 57. 1-119. 6 juin 66 ; Sir. 67. 1-257. 31 janv. 71. Sir. 71. 1-7. — Il faut aussi que les faits soient au moins de nature, considérés isolément, à

exécutés pour l'exercice d'une servitude, la destruction de ces travaux constituerait la dépossession ou l'expulsion violente, car la détention s'applique dans ce cas aux signes matériels de la servitude, sinon à la servitude elle-même.

motiver une action en dommages-intérêts (Wodon, n° 147 ; Appleton, § 385 ; A. et R., loc. cit., note 13, et arrêt du 12 mai 57 cité plus haut). C'est ainsi qu'une simple anticipation, la reprise d'une parcelle cédée, le fait d'avoir arraché quelques arbustes sans dévaster la plantation ne donnera lieu qu'à la complainte et non à la Réintégrande. Et du reste on doit admettre la théorie romaine dans ses grandes lignes telle que nous l'avons exposée ; notamment suivant les cas la crainte actuelle de violences sinon la simple menace, d'après les distinctions que nous avons proposées, suffirait pour motiver notre action (V. n^{os} 126 et 128 ; Cpr. Appleton, § 384).

292. —Nous avons à nous demander maintenant contre qui la Réintégrande peut être dirigée. Contre l'auteur de la violence, cela va sans difficulté ; et aussi pour les dommages-intérêts contre les complices qui seront condamnés solidairement à tous les dépens comme à toutes les réparations nécessaires pour couvrir le préjudice causé. Peu importe la qualité de l'auteur de la violence. « Spoliatus ante omnia restituendus. » L'action peut être dirigée même contre l'Etat, un département, une commune. En vain prétendrait-on qu'il s'agit d'immeubles faisant partie du domaine public et le fait du maire notamment qui aurait fait détruire des travaux par un agent de la force publique peut donner lieu à la Réintégrande (V. 25 mars 57 ; D. 58. 1-315 ; 10 févr. 64 ; D. 64. 1-343 ; 18 juin 66 ; D. 66. 1-426 ; A. et R., loc. cit., note 10, et autor. citées ; Dall., Act. poss. 119-121 ; Contra Wodon, n° 132).

293.—Mais la Réintégrande peut elle être dirigée contre le tiers détenteur ? C'est un point controversé. Nous avons vu en Droit Romain que l'Unde Vi n'était pas dirigé contre le tiers-détenteur, mais c'était là un principe général applicable à toutes les actions pénales et même à l'Uti Possidetis. En droit Canon, la Décrétale Saepe contingit a établi au contraire que le tiers-détenteur était tenu comme l'auteur même de la violence. Il semble que cette règle toutefois n'ait pas été généralement suivie dans la pratique qui tendait fortement

à faire de la Réintégrande une sorte d'action aquilienne (V. Pothier, Poss., 122). « Celui qui a été dépossédé par violence n'est pas fondé à exercer cette action en Réintégrande contre celui qu'il trouve en possession de la chose dont il a été dépossédé par violence, si ce possesseur n'y a aucune part ». Et c'est cette opinion qui triomphe en droit moderne. (A. et R., § 189, texte et note 16 ; Bélime, 386 ; Bourbeau, 291 ; Leligois, loc. cit., n° 27). Elle aussi a été acceptée par la nouvelle loi belge de 1876 que nous avons citée. Mais nous la croyons extrêmement critiquable. En effet, puisqu'on prétend conserver à la Réintégrande le caractère de réalité, comment concevoir que l'action soit sans effet contre le tiers-détenteur ? Ce dernier sans doute ne succède pas au vice de la Possession de son auteur, il commence une Possession indépendante, mais encore faut-il que cette Possession ait duré un an pour être qualifiée. Pourquoi prétendre alors qu'on n'aura pas contre lui la Réintégrande ? C'est un simple détenteur luttant avec un détenteur dépouillé par violence. Si ce dernier ne l'emporte pas, c'est que la Réintégrande est une action fondée exclusivement sur le fait illicite et non sur la détention ou la Possession de la chose. Comment alors soutenir qu'elle est réelle ? Il y a là une contradiction. (En ce sens : Garnier, p. 66, et Dalloz ; Act. poss., 131.) Du reste nous la répétons, il est inutile de lutter contre une doctrine définitivement triomphante, il suffit de la critiquer théoriquement en passant. Admettons donc qu'en principe la Réintégrande ne peut être dirigée contre le tiers-détenteur. Au moins faudra-t-il décider que la simple connaissance que ce tiers-détenteur aura eue de l'origine frauduleuse de la Possession suffira pour le rendre complice, qu'il ne sera pas nécessaire qu'il y ait de sa part collusion ; sans quoi le premier soin de l'auteur de la violence serait toujours d'avoir à sa disposition un homme de paille pour lui céder le bénéfice de la voie de fait (1).

(1) Appleton, s'appuyant sur Pothier, n° 22, décide même que le tiers-déten-

294. — Le défendeur, si la voie de fait est prouvée ou reconnue, ne peut opposer, comme nous l'avons vu, aucune exception; il peut seulement discuter le caractère de la détention, prétendre qu'elle n'est pas publique et paisible dans l'acception spéciale où l'on entend ces qualités de la détention en matière de Réintégrande. Il ne peut agir reconventionnellement en arguant de la Possession annale, en alléguant qu'il a été expulsé par la violence depuis moins d'un an. C'est encore une des conséquences de la maxime « spoliatus ante omnia restituendus (Cass. 3 mai 48, D. 48-1-157; A. et Rau, loc. cit., notes 17 et 18).

Les condamnations encourues sont les mêmes qu'en matière de complainte en ce qui concerne la restitution de la chose et la remise des lieux en leur premier état. L'office du juge est aussi le même que pour cette complainte (A. et R., note 19). Ainsi il peut apprécier les titres comme en matière de complainte (Pothier, n° 120; Appleton, § 387), reconnaître la nature du terrain, objet de la contestation (Cass. 6 juin 66, D. 67-1-119). Il a identiquement les mêmes pouvoirs pour l'instruction comme pour le jugement, et nous nous contentons sur ce point de renvoyer aux règles générales. Le chef des dommages-intérêts ne demande pas non plus d'explications spéciales. Les condamnations doivent être exécutées sans sursis (Arg., art. 27; Bourbeau, 426 : Appleton, § 344).

295. — Voyons enfin quelle est l'autorité de la décision en matière de Réintégrande. Tout le monde s'accorde qu'elle ne saurait attribuer une Possession annale dont on puisse tirer argument dans une autre instance (C. 12 août 74, D. 76-1-501). Mais le jugement de réintégration n'a-t-il qu'une valeur provisoire ? Cette formule ne nous paraît pas absolument exacte. Il est évident qu'en ce qui concerne l'objet du litige, qui est la simple reprise de la chose, le jugement est définitif. Il est palpable que c'est là le chef principal de la Réintégrande.— Le chef essentiel de la complainte,

teur doit toujours être présumé de mauvaise foi; que c'est à lui à prouver sa bonne foi (§ 387).

nous l'avons vu, c'est la reconnaissance de la Possession et toutes les autres condamnations en découlent par voie de conséquence. Il n'a donc rien été jugé sur la Possession par une décision sur la Réintégrande. Il s'ensuit qu'après avoir exécuté les condamnations, le défendeur, si d'ailleurs il se trouve dans les conditions de la complainte, peut l'intenter valablement contre le demandeur qui a triomphé sur la Réintégrande (A. et R., loc. cit., note 20, et autor. citées; Pardessus, Servitudes 2, n° 328; Bourbeau, 286 et 426). — Mais à l'inverse, si l'on a échoué sur la complainte, peut-on intenter la Réintégrande? Cela nous paraît difficilement admissible, malgré l'opinion d'Appleton. En effet, en agissant par la complainte, on est censé avoir renoncé à tirer parti de la circonstance aggravante de voie de fait qui avait accompagné la dépossession. D'autre part, par la complainte, il a été demandé, non-seulement que la Possession fût reconnue, mais encore que, matériellement, la chose fût restituée. Il y aurait donc deux actions successives à propos du même objet, ce qui est impossible (Bourbeau, n° 426; Contra : Garnier, p. 66-68). — Supposons maintenant qu'après avoir été obligé de restituer sur une Réintégrande, le demandeur veuille à son tour, après avoir satisfait aux condamnations, intenter la Réintégrande pour une voie de fait dont il a été, le premier, victime il y a moins d'un an. Le peut-il? Nous estimons avec Garnier, p. 66-68, qu'il n'y a pas de raison sérieuse pour lui refuser cette voie de recours. Sans doute, il y a là un circuit d'actions regrettables, mais il serait fâcheux qu'une personne dépossédée, qui n'a pas résisté immédiatement par crainte et qui s'est remise en Possession « ex intervallo » au moyen d'une voie de fait d'une chose qu'elle avait eue paisiblement, la première, se trouvât définitivement dépouillée par un usurpateur. Du moment qu'on ne lui accorde pas d'exception, on ne saurait la priver de son action primitive qui n'est pas prescrite, et nous ne voyons pas quelle déchéance légale on pourrait lui opposer. — Enfin, on se rend évidemment irrecevable à

agir par la Réintégrande en débutant par le pétitoire et toutes les réserves qu'on aurait pu faire sont absolument sans valeur (Anal. 26 pr.; Garnier, loc. cit.).

Telles sont les indications essentielles sur le cumul successif de la Réintégrande et de la complainte. Nous aurons l'occasion d'y revenir au chapitre de la procédure et nous parlerons alors du cumul des deux actions dans une seule instance (V. Cass. 10 février 64, D. 64-1-343).

296. — Un dernier point reste à traiter. Il est évident qu'on ne saurait introduire une Réintégrande incidemment à une instance pétitoire engagée. Nous avons eu l'occasion d'indiquer déjà à plusieurs reprises que le juge du pétitoire avait d'ailleurs le droit de pourvoir par des décisions provisoires aux nécessités urgentes qui se produisaient durant l'instance en Revendication et nous avons décidé que les décisions ainsi rendues n'avaient aucun caractère possessoire. On s'est demandé aussi si l'action en Réintégrande ne pouvait pas être accessoirement portée devant les tribunaux de répression avec l'action civile ou l'action correctionnelle principale lorsque les violences ou voies de fait constituaient des infractions à la loi pénale. L'ordonnance de 1667 autorisait ce cumul et un ancien arrêt de Cass., 5 juill. 1828, l'a aussi admis (V. également Mangin, Act. Publ. II, 203; Poncet, Act. 60; Pigeau Bioche, Act. poss., n° 38). Mais la grande majorité des auteurs décide au contraire que le cumul est impossible. L'ordonnance de 1667 violait ce principe que le juge du criminel ne doit pas connaître des actions réelles, de la propriété ou de la possession d'un immeuble. C'est une disposition exceptionnelle qui ne saurait être reçue dans notre droit actuel (Arg. Avis du Conseil d'Etat. 4-8 févr. 1812; Cass., 11 août 1837; D. 38. 1-184. Merlin Quest. V° voie de fait; Garnier, Act. poss., p. 346; Favard, Toullier, Carré, Bourbeau, n° 286). On peut par suite, après avoir agi au criminel, agir aussi en Réintégrande, il n'est pas

besoin d'avoir expressément conclu la réserve de cette voie possessoire devant le juge de repression (Carré Just. de Paix II, 1371 ; Garnier, p. 69; Bélime, n° 392).

CHAPITRE V

CAPACITÉ PERSONNELLE ET QUALITÉ REQUISE POUR INTENTER LES ACTIONS POSSESSOIRES ET POUR Y DÉFENDRE

Par qui et contre qui ces Actions doivent être intentées

297. Observations générales. — 298. A. Biens des Particuliers. L'exercice de l'Action possessoire est un acte d'administration. — 299. Exercice de l'Action Possessoire par les divers propriétaires; par le propriétaire sous condition résolutoire. – 300. Par le grevé de substitution. — 301. Par le saisi. — 302. Par l'étranger. – 302 *bis*. Par les divers mandataires et le gérant d'affaires. — 303. Le propriétaire peut-il céder le droit aux Actions possessoires. — 304. Exercice de l'Action par les créanciers. – 305. Par les différents communistes. — 306. Exercice des Actions possessoires sous les divers régimes de société conjugale.— 307. Pouvoirs des Incapables. — 308. Des tuteurs et curateurs et autres administrateurs légaux. — 309. Des ayants-cause à titre particulier. — 310. Des ayants-cause à titre universel. — 311. De ceux qui n'ont qu'un démembrement de la propriété et des titulaires de Droits réels. De l'usufruitier. — 312. Du nu-propriétaire. — 313. De l'usager. — 314. Des titulaires de servitudes. Du locataire de la chasse ou de la pêche. — 315. Des détenteurs précaires et spécialement du fermier. — 316. De quelques espèces de baux qui constituent des Droits réels. — 317. L'Action possessoire doit être dirigée contre l'auteur du trouble. — 318. De l'Action possessoire exercée contre le tiers-détenteur. — 319. B. Domaine des personnes morales administratives. Actions possessoires en ce qui concerne l'Etat, les départements; — 320. Les communes. — 321. Quelques indications sur les Actions possessoires intentées par les établissements publics ou dirigées contre eux.

297. — L'action Possessoire, en principe, est intentée par le Propriétaire ou le Possesseur contre l'auteur du trouble. Mais il peut s'élever des questions spéciales préjudicielles à cette action. Il peut y avoir lieu de vérifier la capacité propre ou la qualité du demandeur et la nature du droit dans lequel il prétend se faire maintenir. Le point de savoir si une personne peut exercer la complainte dépend donc à la fois de ce qu'on appelle la capacité personnelle et la capacité réelle. Nous

allons traiter les difficultés principales qui peuvent s'élever au sujet de la capacité personnelle. Mais auparavant, il faut remarquer que, d'une façon générale, les règles que nous allons poser ne s'appliquent à la Réintégrande que sous le bénéfice des observations particulières que nous avons présentées au chapitre précédent.

Nous diviserons ce chapitre en deux parties ; nous examinerons d'abord la question au point de vue des Biens privés et ensuite au point de vue du Domaine des personnes morales administratives.

298. — A. — Biens des particuliers. — Un point domine toute la matière. Qu'est-ce exactement que l'exercice de l'action Possessoire ? — On voit, dans certains traités, que l'exercice de l'action Possessoire constitue un acte de conservation et d'administration (V. Bourcart, n° 121 ; Poux-Lagier et Pialat sur Curasson II, p. 132, note *b*). Il y a là une confusion : l'acte conservatoire n'est pas exactement la même chose que l'acte d'administration. Et tel pourra passer un acte conservatoire qui n'aura pas le pouvoir d'administrer. Ainsi le mineur peut faire seul un acte conservatoire (art. 2139, 2194) ; il ne peut, s'il n'est émancipé, faire un acte d'administration. — Nous dirons donc que l'introduction d'une action Possessoire peut être considérée comme un acte conservatoire ; mais il faudra, pour que l'instance puisse s'en suivre et recevoir une solution, que la procédure soit régularisée par qui de droit. Pour agir au Possessoire, il faut donc avoir le pouvoir d'administrer. D'après Pothier, ce pouvoir comporte essentiellement le droit d'exercer les actions Possessoires (Mandat, 152). Et le Code civil nous donne deux applications de ce principe ; d'après l'art. 1428, le mari, sous la communauté légale, peut exercer seul toutes les actions Possessoires, parce qu'il a l'administration des biens personnels de la femme, et d'après l'art. 1988, les actes d'aliénation sont seuls en dehors des pouvoirs du mandataire général, qui est déclaré capable de passer tous les actes d'administration (Bélime, 287 ; Bourbeau, 372).

De ce principe découlent, on peut le dire, par voie de conséquence, toutes les solutions de notre matière.

299. — Le propriétaire « sui juris », qui a la plénitude des droits d'administration comme des droits d'aliénation, a la plénitude de la capacité personnelle sans aucune restriction. Et il importerait peu, par exemple, qu'il eût abandonné la jouissance à un fermier. Lors même que ce dernier ne se plaint pas, le propriétaire peut exercer l'action Possessoire à raison du trouble posé sur l'immeuble loué (V. jug^ment de paix d'Arendon, jur. trib. 1^re inst. belg. C. B. 1882, p. 430). — On peut supposer, d'autre part, que le droit du propriétaire est grevé d'une condition résolutoire et, dans ce cas, qui aura qualité pour agir au Possessoire ? On décide généralement que c'est le propriétaire sous condition résolutoire, qui aura droit aux actions Possessoires et non le propriétaire sous condition suspensive. Ce dernier, en effet, selon la remarque de Pothier, à propos du droit de réméré, a plutôt un « jus ad rem » qu'un « jus in re » (Vente, n° 387). C'est donc pour s'en tenir à l'exemple du réméré, l'acquéreur a réméré qui peut agir au possessoire (Curasson, 589). On discute, d'ailleurs, le point de savoir quelle sera, contre le propriétaire sous condition suspensive, l'autorité de la décision intervenue avec ce propriétaire sous condition résolutoire. Nous estimons, avec MM. Aubry et Rau (§ 769, texte et note 55) que ce dernier avait bien qualité pour défendre la chose dans l'intérêt de celui à qui elle devait être livrée ou restituée, mais non pour compromettre les droits de ce dernier. On peut objecter, il est vrai, que ces droits n'étaient que des droits de créance, puisqu'ils se traduisaient par l'obligation de livrer ou de restituer. Nous répondrons en nous appuyant sur le passage de Pothier cité plus haut que le droit du propriétaire avait un caractère mixte, que le bien se trouvait grevé d'une sorte de charge réelle et privilégiée. Par suite, celui qui, par l'événement de la condition, redevient propriétaire, peut invoquer les jugements dont nous parlons, mais ces jugements ne sauraient lui être opposés. (V. aussi

Larombière, art. 1181, n° 6 ; art. 1183, n° 10 ; art. 1351, n^{os} 112 et 113).

300. — Les grevés de substitution, qui sont aussi des propriétaires sous condition résolutoire, sont soumis aux mêmes règles en principe. Les décisions rendues à leur avantage profitent aux appelés (Demol., 22, 559) sans qu'il y ait lieu de distinguer si le tuteur à la substitution a été appelé ou non (Cpr. A. et R., § 696, notes 65 et 66, et § 769, texte et note 48). Mais, pour avoir contre eux l'autorité de la chose jugée, il faut que les décisions contraires soient intervenues contradictoirement avec le tuteur et sur les conclusions du ministère public (A. et R., loc. cit. ; Demol., loc. cit., 558).

301. — Le saisi ne conserve pas intégralement la libre disposition, ni même la libre administration. Peut-il agir néanmoins au possessoire ? On s'accorde à le reconnaître. En effet, le but de la saisie est surtout de conserver aux créanciers le droit de faire vendre et d'être payés avec les fruits et les revenus (V. art. 681 Pr.). Jusqu'au jour de l'expropriation, le saisi reste propriétaire, et l'article 687 lui permet même de vendre en consignant somme suffisante pour couvrir les dettes inscrites (Pothier, Poss., 98 ; Bourbeau, 394 ; Curasson, 586 et la note).

302. — Enfin, la qualité d'étranger ne rend aucunement, dans notre droit moderne, le propriétaire incapable de disposer, ni d'administrer; il aura donc les actions possessoires. Mais on appliquera dans ce cas les articles 16 Civ. et 166 Pr. L'étranger, sauf l'effet, s'il y a lieu, des conventions diplomatiques intervenues entre la France et la nation à laquelle il appartient, devra fournir la « cautio judicatum solvi » que le juge de paix sera compétent pour arbitrer, en vertu du principe que le juge de l'action est le juge de l'exception (Bourbeau, 469 ; Curasson, 585).

302 *bis*. — Le propriétaire peut confier son pouvoir d'administration, et même son pouvoir de disposition à un mandataire ; l'article 1988 exige seulement, dans ce dernier cas, un mandat exprès. Si donc on confie à une personne le mandat spécial d'agir au possessoire,

un pareil mandat est incontestablement valable ; si on nomme un mandataire général, ce mandataire, article 1988, a le pouvoir d'administrer, et, d'après ce que nous avons dit plus haut, l'administration comporte le droit d'agir au possessoire (Arg., art. 1428). Mais, selon la remarque de Curasson (n° 584), le mandataire, spécial ou général, doit intenter les actions au nom de son mandant, et non pas en son propre et privé nom ; tout au moins, s'il assigne en son nom, doit-il indiquer qu'il ne le fait que comme muni des pouvoirs du mandant, et en raison de ces pouvoirs. C'est l'application de la maxime : « Nul, en France, ne plaide par procureur. » (V. aussi Carré-Chauveau, quest. 290.)

C'est aussi en raison de cette règle que le « negotiorum gestor » ne peut, selon l'opinion de Merlin (Quest. de Droit, V° Prescription, § 14) et de Curasson (583) (V. aussi Wodon, 350) agir ou défendre pour le possesseur. Le fait d'agir au possessoire, au nom d'autrui, exige, en effet, les pouvoirs d'administration les plus précis ou les plus étendus. C'est, en effet, un des actes les plus graves que puisse se permettre un administrateur. Il se rapproche beaucoup d'un acte de disposition, et c'est bien moins en raison de sa nature qu'en raison de l'urgence et de la considération que la possibilité d'un recours au pétitoire est toujours conservée, que la loi l'a rangé parmi les actes d'administration.

303. — Le propriétaire peut-il céder le droit aux actions possessoires, soit accessoirement au bail, ou à tout autre contrat, soit accessoirement à une concession libérale à la façon du Droit Romain (V. p. 305, texte et note 2). La question comporte un intérêt pratique assez important. Nous n'avons plus en effet comme en Droit Romain de détenteurs précaires ayant un droit propre aux actions possessoires comme le gagiste, le précariste, le séquestre (n° 23 et suiv.). Il serait néanmoins très utile, pour le fermier par exemple, de pouvoir agir au possessoire quand l'intérêt est minime et l'urgence extrême au lieu et place du bailleur absent ou qui demeure dans un département très éloigné. — La question est controversée entre les

romanistes : Savigny (§ 25) n'admet pas la cession d'actions ; il ne conçoit pas de possession dérivée ou transmise hors des cas expressément prévus par les textes ; Thibaut, Schrœter et Molitor (Poss. n° 24) considèrent que tout droit patrimonial étant cessible et transmissible de sa nature, la Possession et le droit aux actions possessoires peuvent très bien être cédés. Nous inclinons à nous ranger à cette dernière opinion. Rien ne s'opposerait selon nous à ce que le bailleur cédât accessoirement la Possession, ce qui serait particulièrement utile dans les baux à long terme. Rien non plus ne saurait l'empêcher de céder le droit aux actions possessoires divisément. Mais dans ce dernier cas il y aura plutôt mandat spécial ou général en ce qui concerne les actions possessoires et il sera prudent au fermier d'agir au nom même du bailleur et non en sa propre qualité. Nous devons enfin reconnaître qu'une pareille convention est assez rare en raison des dispositions de l'art. 1768.

304. — Efin le créancier, en vertu de l'art. 1166 est une sorte de mandatairè. Le débiteur est censé en contractant avoir donné mandat éventuel à ses créanciers d'exercer ses actions et ses droits qui ne sont pas exclusivement personnels, qui ont trait seulement à la conservation du patrimoine qui est leur gage. Or l'exercice de l'action possessoire rentre évidemment dans la classe des actes que peuvent faire les créanciers. Si donc par négligence, par collusion, ou par mauvaise foi, le débiteur laisse troubler ou usurper sa Possession et qu'il n'agisse pas, les créanciers pourront intenter les actions possessoires (1), et d'après la jurisprudence et un certain nombre d'auteurs, ils pourront le faire en leur propre nom sans mise en demeure, sans mise en cause du débiteur (Bélime, 311 ; Bourbeau, 403 ; Leligois, V° procédure, 20 ; Contra. Demol., 25,94, et suiv.). D'ailleurs l'action du créancier peut être repoussée pour défaut d'intérêt

(1) Wodon, n° 350 bis ; Bioche, Act. Poss., n° 244, et les auteurs cités plus loin.

s'il n'a un droit actuel et exigible ou si le débiteur est notoirement solvable (Cass., 26 juill. 54; S. 54. 1-563 ; Demol., nos 97-100). Le défendeur assigné par un créancier peut mettre en cause le débiteur pour qu'il y ait contre lui chose jugée sans discussion possible (Demol., 108) et le juge peut, d'office, ordonner cette mise en cause, s'il le juge utile (Demol. eod. loc. ; Leligois, loc. cit.)

305. — C'est un principe que nous avons rencontré à plusieurs reprises que celui qui décide que deux ne peuvent posséder à la fois, que deux à la fois ne peuvent avoir les actions possessoires pour un même immeuble ou un même droit immobilier. « Duos in solidum possidere non posse. » Ce principe ne comporte d'autres exceptions que dans le cas d'indivision, de possession commune. Nous avons déjà parlé plus haut de la nature de la possession du communiste (V. n° 216); c'est un point sur lequel nous ne reviendrons pas. Le Communiste, tel que le co-propriétaire, l'héritier peut agir au possessoire et peut agir seul, sans le concours des autres ayants-droit (A. et Rau, § 187, texte et note 1). Mais le jugement rendu contre lui seul n'aurait pas l'autorité de la chose jugée contre ses consorts qui pourraient revenir par tierce-opposition. Il sera donc toujours bon de les mettre en cause (Bélime, 293 ; Bourbeau, 395 ; Curasson, 588). L'action possessoire peut même être intentée de communiste à communiste, pour arrêter les empiétements contraires à la jouissance indivise de la chose commune et qui seraient de nature à faire acquérir un droit exclusif à l'un des co-ayants-droit au préjudice des autres. Si l'usurpateur à l'inverse qui a possédé exclusivement au-delà de sa part dans la chose commune, avait la possession annale, il pourrait agir en complainte contre les autres qui voudraient troubler sa possession ainsi augmentée (V. sur tous ces points A. et R., loc. cit., texte et note 2 et autor. citées; Estrangin, Mémoire ; Sir., 24, 2, 236; Cass., 11 nov. 67, D. 68, 1, 426 ; 7 avril 75, D. 75, 1, 381 ; Cass., 13 déc. 76 ; Sir. 79, 1, 469 ; 22 juin 81 ; Dall., 82, 1, 208). Ces principes, selon la remarque de MM. A.

et Rau, s'appliquent aux possesseurs en communauté d'une cour, d'une allée commune, d'un mur, d'un fossé mitoyen, d'une haie mitoyenne (1).

306. — Quelques explications spéciales doivent être données à propos de la société conjugale. Le mari, seigneur et maître de la communauté, a droit d'agir au possessoire, aussi bien pour les acquêts que pour les propres de la femme (art. 1428). Celle-ci, suivant l'énergique expression de Dumoulin : « Non est proprie socia sed speratur tantum fore. » C'est donc en son propre nom que le mari agira, et les actions possessoires dirigées contre lui seul seront valablement intentées. — Les mêmes règles s'appliquent sous le régime exclusif de communauté (1528 et 1531) ; sous le régime dotal en ce qui concerne les biens dotaux de la femme (art. 1549). Dans ce dernier cas, le mari agit plutôt comme administrateur que comme associé, mais suivant la remarque que nous avons faite, le droit d'administrer comporte le droit d'agir au possessoire. Et enfin, selon Pothier (Poss. 97), il doit former la complainte « en sa qualité de mari d'une telle. »

Dans tous ces cas, le jugement rendu contre le mari est opposable à la femme sans aucun recours et notamment sans tierce opposition possible. Mais elle pourrait agir en cas d'absolue nécessité ou intervenir avec autorisation de son mari où, à défaut, avec autorisation de justice ; cette dernière autorisation serait utile au cas de collusion préméditée par le mari : « Potest tamen uxor intervenire, etiam invito marito, authorata a judice, in propriis suis, ne colludatur (Dumoulin sur Bourgogne, ch. 4, art. 6.) (2).

(1) Pour les co-héritiers ou co-partageants, voir infra. — Quant au droit de l'habitant sur les biens communaux, et aux actions possessoires qu'il peut intenter à titre personnel « ut singulus ; » nous en parlerons dans un autre chapitre. — Pour les personnes morales qui n'agissent que par représentant, il faut distinguer les sociétés civiles dans lesquelles, à défaut de convention qui confie l'administration à l'un des associés, tous peuvent administrer, sauf le droit pour chacun de s'opposer à l'opération avant sa conclusion (art. 1856, 1857, 1859), et d'autre part les sociétés commerciales où les pouvoirs sont déterminés par les statuts.

(2) Pour ses propres seulement et non pour les biens communs (V. Au-

Au cas de séparation de biens contractuelle ou judiciaire et pour ses paraphernaux, dont elle conserve l'administration (art. 1576), la femme peut agir en son nom, mais il faut l'autorisation du mari ou de justice ou l'assistance du mari (1). Dans tous les cas d'ailleurs, la femme peut faire les actes conservatoires, mais nous avons vu que ces actes ne comportaient pas le pouvoir d'administrer (Curasson, 587; Demol., IV, 128, 266; Bélime, 291).

307. — Nous venons de voir une incapable d'un genre particulier; pour les autres incapables, le mineur ou l'interdit, le prodigue ou le faible d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire, dans aucun cas, sans distinction ils ne peuvent agir au possessoire. Du reste, leur incapacité comme celle de la femme est relative (art. 225, 1125 et 1304) et ils peuvent faire des actes conservatoires. L'action possessoire pourrait donc être introduite par eux, sauf régularisation, et, s'il ne leur avait été opposé aucune fin de non-recevoir, que l'instance eût reçu solution, ils pourraient s'en prévaloir en tant qu'elle leur serait favorable; elle ne pourrait leur être opposée en tant qu'elle rendrait leur situation pire. C'est l'application des principes généraux (Demol., 7, 709; A. et R., 114, texte et note 9-11). Mais le mineur émancipé a pleine capacité pour les actes d'administration, et, partant, pour agir au possessoire. Il n'a pas besoin de l'assistance de son curateur (art. 482) (2). Pour le prodigue, à qui il est spécialement défendu de plaider (art. 499, 513), il n'est pas recevable à intenter l'action possessoire (A. et R., § 149, texte et note 3; Demol., 723; Bourbeau, 397;

bry et Rau, § 509). Quant aux biens dotaux, la femme ne pourra jamais agir à propos d'eux, même avec autorisation de justice (Arg. de l'art. 1459). Peut-elle agir en son nom avec autorisation du mari? Il y a controverse (V. Aubry et Rau, § 538, texte et note 58).

(1) Si on veut diriger une action possessoire contre une femme mariée sous ces régimes, il faudra assigner en même temps le mari, pour qu'il autorise, ou la justice à son défaut.

(2) Unanimité des auteurs, sauf Curasson, 590 « in fine ». — V. Bélime, 289; Appleton, 345; Bourbeau, 397; et A. et Rau, § 132, texte et note 16; et autorités citées.

Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, T. 2, p. 150, note a).

308. — Les incapables ont des tuteurs ou administrateurs légaux qui agissent en leur nom. — Le tuteur du mineur ou de l'interdit peut agir au possessoire sans autorisation du conseil de famille. L'article 464, il est vrai, exige cette autorisation pour les actions immobilières. Toutefois, en raison de la nature spéciale de l'action possessoire, on admet que le tuteur qui a l'administration, peut agir sans formalités (Demol., 7, 688, A. et R., § 114, texte et note 7). — Mais l'administrateur provisoire nommé en vertu de l'article 497 Civ. ou de l'article 32 de la loi du 30 juin 1836 ne peut agir en justice pour l'aliéné. Il lui faut (art. 33) un mandat spécial.

L'absent peut être considéré comme un incapable d'un genre particulier. Les représentants divers de cet absent, l'administrateur, l'envoyé en Possession provisoire, l'envoyé en Possession définitive, l'époux, qui opte pour la continuation de la communauté, ayant tous le pouvoir d'administrer, auront droit aux actions Possessoires (Arg. 112, 124, 125, 132, 134, 138). — Le père, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs (art. 389), jouira des mêmes pouvoirs ; il n'est pas besoin qu'il ait l'usufruit légal.

Enfin, pour en terminer avec les divers administrateurs, citons encore le curateur au délaissement de l'immeuble hypothéqué (Civ. 2172 et suiv.), le syndic (443, Commerce), et le tribunal pourra recevoir l'intervention du failli s'il le juge à propos. D'après la loi du 4 mars 1889, portant modification à la législation des faillites (art. 6), le commerçant, qui est admis au bénéfice de la liquidation judiciaire, n'étant pas dessaisi, peut, avec l'assistance des liquidateurs, intenter ou suivre toute action mobilière ou immobilière. Au refus du débiteur, les liquidateurs agissent seuls avec l'autorisation du juge-commissaire. « Toutefois, s'il s'agit d'une action à intenter, cette autorisation ne sera pas demandée, mais les liquidateurs devront mettre le commerçant en cause ».

309. — Des ayants-cause a titre particulier. — Nous avons vu déjà que l'acquéreur, en cas de vente volontaire ou forcée, avait de plein droit et immédiatement les actions Possessoires. Nous avons vu aussi quelle était la situation du demandeur au Possessoire qui avait obtenu réintégration ou maintenue jusqu'au jour de son entrée en Possession effective. Le demandeur au Pétitoire, qui a fait condamner le détenteur au délaissement, peut aussi joindre la Possession de ce détenteur à la sienne (Bélime, Poux-Lagier et Pialat sur Curasson II, p. 144, note a).

310. — Pour les ayants-cause à titre universel (art. 724), en vertu de l'effet spécial de la saisine ils peuvent, avant toute appréhension, agir au Possessoire (Demol. Success. I, n° 158; Curasson, 589). L'héritier bénéficiaire a trois mois pour faire inventaire et quarante jours pour délibérer, et pendant ces délais, il n'est pas contraint de prendre qualité (1). Peut-il agir au Possessoire? Nous estimons qu'il peut assigner; ce n'est là qu'un acte conservatoire, mais s'il suivait sur le procès, il est à craindre que cet acte ne fût considéré comme un acte d'héritier pur et simple. En tout cas, sera-t-il prudent d'assigner comme habile à succéder et avec déclaration expresse que l'assignation ne comporte pas prise de qualité.

Les légataires universels, en vertu de testament notarié, s'il n'y a pas d'héritiers à réserve, sont saisis de plein droit (art. 1006); ils peuvent, dans ce cas, agir au Possessoire sans acte d'appréhension. Dans la même hypothèse, si le testament est olographe ou mystique, ils ne peuvent agir avant d'avoir été envoyés en Possession (art. 1007, 1008; Demol. 21, 515). S'ils concourent avec des héritiers à réserve, ils doivent attendre la délivrance et n'ont pas droit au Possessoire auparavant (art. 1004; Demol. 21, 555).

Les légataires à titre universel, les simples légataires, n'entrent en Possession qu'après la délivrance

(1) Mais les tiers peuvent agir valablement, sauf au juge à surseoir jusqu'à l'expiration des délais.

(art. 1011 et 1014). Jusque-là, ils n'ont pas l'action Possessoire et si même ils s'étaient mis en Possession avant cette délivrance, les héritiers pourraient agir contre eux en complainte (Bélime, 296; Bourbeau, 389; Appleton, § 367).

Le curateur à la succession vacante, chargé de l'administrer, a les actions Possessoires, de même l'héritier apparent, mais non l'exécuteur testamentaire s'il n'y a disposition expresse les lui concédant. Enfin, le donataire, dès qu'il a accepté la donation, acquiert la Possession et peut intenter les actions Possessoires (Demol. 20, 543). Et en cas de révocation de la donation, le donateur profite de la Possession du donataire et peut immédiatement agir au Possessoire (Curasson II, p. 141, note 1).

311. — De ceux qui n'ont qu'un démembrement de la propriété et des titulaires de droits réels. — Que l'usufruitier, troublé dans sa jouissance, puisse intenter l'action Possessoire, c'est ce que personne ne conteste (V. trib. Muret, 23 déc. 69, Sir. 70-2-87; Demol., Usufr., 2, 337; A. et R., § 187, p. 149, et autorités citées).

Nous admettons aussi avec la grande majorité des auteurs qu'il le peut même contre le nu-propriétaire (V. autorités citées; Contra. Poncet. Actions, n° 78; Proudhon. Usufruit, 8, p. 319). Réciproquement le nu-propriétaire pourrait intenter l'action possessoire contre les tiers (Arg. art. 614), et même contre l'usufruitier.

Mais une double difficulté s'est posée. Si l'usufruitier commet simplement des abus de jouissance, le nu-propriétaire a-t-il l'action possessoire ou simplement l'action en dommages-intérêts? Nous estimons qu'il pourra selon les cas avoir l'une et l'autre. Si par exemple le nu-propriétaire prétend faire les grosses réparations et que l'usufruitier s'y oppose, il est essentiel pour le nu-propriétaire d'agir par l'action réelle plutôt que par l'action personnelle (Cpr. Appleton, § 398; Bélime, 303, 329; Garnier, p. 370; Poux Lagier et Pialat, II, p. 168). Mais pour les simples abus

de jouissance, par exemple des anticipations de coupes, il paraît préférable de n'accorder que l'action personnelle. — Supposons maintenant que l'usufruitier prétende rester en possession après l'expiration de l'usufruit. Le propriétaire aura-t-il l'action possessoire. Nous estimons que oui. L'expiration seule de l'usufruit rend l'usufruitier détenteur précaire, non seulement « in parte qua, » mais encore pour la totalité des droits qui peuvent être assis sur l'immeuble. Il doit donc restituer la Possession, et il trouble incontestablement le propriétaire. Mais on objecte que, s'il y a contestation sur l'extinction de l'usufruit, le juge de paix ne saurait être compétent. Nous répondrons que le juge de paix a le droit d'examiner le titre suivant les règles ordinaires du Possessoire à ce point de vue. La question n'est pas autre qu'elle ne le serait s'il existait un contrat quelconque entre le plein propriétaire ordinaire et celui qui prétendrait rester en Possession. Il faut voir si le trouble est autorisé par titre, et le juge de paix, comme nous l'avons vu, est compétent pour apprécier ce point. Nous accorderons, par suite, l'action Possessoire au nu-propriétaire dans l'hypothèse indiquée (Contra : Leligois, V° Nue-Propriété, n° 4; Sic. Wodon, n°516). D'ailleurs, ce nu-propriétaire pourra, naturellement, tout aussi bien se pourvoir au Pétitoire, et c'est alors qu'il y aura interprétation du titre au fond

312. — Le nu-propriétaire, avons-nous dit, peut agir contre les tiers durant l'usufruit; il peut aussi intervenir dans l'instance engagée par l'usufruitier, et à la cessation de l'usufruit, il pourra agir sur-le-champ en vertu du droit entier de propriété, car l'usufruitier ne détenait que pour lui. Quant à l'effet des jugements rendus contre l'usufruitier, il est de règle que de tels jugements ne peuvent entamer ou compromettre les droits du nu-propriétaire (V. A. et R., § 231, texte et notes 66 et 67 ; Larombière, 1351, n° 102). Il peut, au contraire, invoquer les jugements rendus en faveur de l'usufruitier.

313. — Des questions analogues se posent pour

l'usager et doivent, en général, recevoir des solutions identiques « mutatis mutandis », car l'usage est un droit réel qui porte sur la totalité de l'immeuble (Demol. 760; Belime, 304; Bourbeau, 370. — V. cep. Curasson, 601, qui lui refuse l'action Possessoire lorsqu'elle porte, non sur le droit d'usage, mais sur la Possession de l'héritage en général).

314. — Les titulaires de servitudes, suivant les explications qui seront fournies plus loin, peuvent également agir pour la quasi-Possession de leur droit réel. — De même, l'emphytéote (si l'on adopte la solution de la jurisprudence), le superficiaire (Bélime, 308; Appleton, § 400). Quant à ceux qui ont un droit de rétention, il y a controverse. Les uns leur reconnaissent la complainte (Bélime, 313; Garnier, p. 423). D'autres, et nous nous rangeons à ce dernier avis, ne leur accordent que la Réintégrande (A. et R., § 256, texte et note 26), sauf l'exercice des droits qui appartiennent à tout créancier en vertu de l'art. 1166. — Enfin, il y a aussi controverse pour le droit de chasse et de pêche; certains accordent l'action Possessoire lorsque le droit de chasse est stipulé au profit d'un fonds déterminé (Cass. 4 janv. 60, D. 60-1-14; Pardessus, n° 12). La grande majorité des auteurs, au contraire, la dénie. (Demol. 9-526; Bélime, 267; Appleton, § 296).

315. — C'est que le locataire du droit de chasse ou de pêche rentre dans la grande catégorie des détenteurs pour autrui, des détenteurs précaires dont nous avons parlé (n° 222). Ces détenteurs, dont il faut distinguer soigneusement le précariste administratif, n'ont, en général, que la Réintégrande. Nous les avons déjà énumérés (V. aussi Aubry et Rau, § 187, texte et note 5 et 6); le fermier en est le type, mais pour lui il y a une discussion spéciale. Ceux qui, comme Troplong et Belime, voient dans le droit du preneur un droit réel, devaient nécessairement lui accorder l'action possessoire. Mais aujourd'hui cette opinion est à peu près unanimement abandonnée (V. Guillouard, Louage, 1, 162). Le fermier est donc un détenteur précaire qui n'a

droit qu'à la Réintégrande, selon la jurisprudence, à moins qu'il n'ait des droits spéciaux comme créancier du bailleur, notamment des répétitions à exercer, et alors on rentre dans une hypothèse déjà examinée. Il pourrait aussi être admis à intervenir sur la complainte dirigée par le bailleur ou contre le bailleur pour la conservation de son droit (Bélime, 311; Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, II, p. 172, à la note).

Mais il peut arriver que des constructions aient été élevées, par le fermier, soit sans autorisation, soit du consentement du bailleur ou en vertu des clauses du bail. — C'est une question très controversée que celle de savoir quel est le sort de ces constructions ou plantations (V. Guillouard, op. cit., 294 et suiv.). Dans le premier cas, il nous semble, le fermier n'a qu'une possession précaire (et nous ne nous préoccupons pas du point de décider s'il conserve ou non le droit de les enlever ou s'il doit laisser les choses en l'état (V. Guillouard, n° 296). Mais si les travaux ont été autorisés, si les constructions ou plantations ont été faites en résultance de conventions, nous estimons avec MM. Aubry et Rau que le fermier a la possession de ces immeubles (arg. de l'art. 518), au moins pendant la durée du bail. En effet, on admet très bien qu'on puisse posséder une construction séparément du sol sur lequel elle est élevée ou un arbre planté sur le terrain du voisin. De telles possessions ne sont pas précaires dans leur essence, il suffit simplement d'établir son droit de possession à l'encontre de la présomption ordinaire que l'accessoire est possédé en même temps que le principal. Par suite, en vertu même du contrat, il est d'ores et déjà acquis que le fermier peut avoir la volonté personnelle de posséder les travaux et les plantations, il est acquis également que le bailleur a renoncé à la présomption habituelle. Nous estimons donc que le fermier a les actions possessoires dans cette hypothèse spéciale. Il peut, pendant la durée du bail, agir personnellement pour ces constructions et plantations contre les tiers et contre le propriétaire lui-même. Mais à la fin du bail tout change et, soit que le propriétaire se soit

réservé de les garder moyennant indemnité, soit que ces constructions doivent être enlevées, le preneur n'a plus qu'un droit mobilier. Il n'était en quelque sorte possesseur qu'à terme (V. cep. Trib. Troyes, 21 févr. 1869, en note sous un arrêt de Cass., D. 71, 1, 172). A ce moment, en effet, le bailleur reprend la plénitude de sa qualité de propriétaire et de possesseur « cum omni causa », et il possède tout ce qui a été fait sur son immeuble, il le possède en vertu du droit d'accession. Le preneur n'est plus qu'un intrus s'il prétend se maintenir en quelque partie que ce soit de la chose louée ; il trouble du moment qu'il porte atteinte à la possession et qu'il ne peut plus objecter qu'il trouble en vertu d'un titre conventionnel (V. n° 252). Nous estimons, en effet, par analogie avec ce que nous avons décidé pour l'usufruitier et par des motifs identiques, que le bailleur a le droit d'agir en complainte contre le fermier qui prétend se maintenir en possession après l'expiration du bail (V. Aubry et Rau, § 187, texte et note 8, Appleton, § 398, 399).

Du reste, le fermier étant souvent le seul possesseur apparent, une action possessoire dirigée contre lui sera en général bien intentée et dans cette hypothèse c'est pour lui un devoir (art. 1726 et art. 1768), d'avertir le bailleur et de le mettre en mesure d'intervenir:

316. — Enfin la plupart des auteurs voient une sorte de droit réel véritable dans le bail à vie (Bélime, 310 ; Garnier, p. 426), dans le bail à convenant ou à domaine congéable (V. Guillouard, n° 642 et 664) ; dans le bail à champart et le bail à complant (Carou, n° 230 ; contra, Garnier, p. 412). Pour le bail à complant, certains auteurs distinguent suivant les clauses plus ou moins larges du bail si le domaine utile a été ou non transféré au fermier (V. Demol., 9, 500 ; Troplong, Louage, 50, 60 ; Leligois, v° Complant, n° 2).

Pour toutes ces espèces spéciales, le point de savoir si le preneur a les actions possessoires ou si on doit les lui refuser est le corollaire naturel du caractère exceptionnel de réalité qu'on reconnaît ou qu'on refuse à ces sortes de contrats.

317. — Contre qui l'action possessoire peut-elle être intentée ? — L'action possessoire doit être dirigée contre l'auteur du trouble, c'est-à-dire contre celui qui l'a commis ou l'a fait commettre « tu, aut familia aut procurator tuus », dit la loi romaine (V. n° 131).

Une partie des solutions que cette question comporte a déjà été indiquée chemin faisant. Si l'auteur du trouble est mineur ou incapable, l'action peut être dirigée contre son représentant légal directement ; s'il s'agit d'un prodigue, contre lui et son curateur conjointement ; d'une femme mariée, contre elle et son mari conjointement. On peut d'autre part toujours valablement introduire l'action contre l'auteur personnel du trouble, par exemple contre le fermier, sauf à lui à assigner en garantie ou à mettre en cause son bailleur ; mais, c'est une remarque déjà faite, il faut agir aussi contre le possesseur véritable si l'on veut que la décision ait contre lui l'autorité de la chose jugée ; et d'ailleurs l'assignation lancée contre l'auteur du trouble couvre la déchéance annale, et c'est en vain que l'auteur de ce trouble alléguerait simplement qu'il n'a agi que comme représentant un tiers, le fermier pour le bailleur, le maire pour la commune (A. et Rau, loc. cit., texte et note 9). Nous avons décidé en effet que le fait de trouble ne devait pas emporter nécessairement chez son auteur l'intention de contester la Possession. Il nous semble toutefois qu'on doit apporter un tempérament nécessaire à cette théorie ; le domestique, l'employé, l'ouvrier connus pour tels ne peuvent être valablement assignés et s'ils démontrent que le demandeur connaissait leur situation, on doit les mettre hors de cause. C'est que le fait n'était pas leur fait personnel ; ils étaient les organes du maître selon une énergique expression de l'ancien Droit. Sans cela on pourrait avoir un circuit singulier, le domestique du fermier serait assigné et mettrait en cause le fermier, ce dernier appellerait en cause le bailleur ; cela ne nous paraît pas admissible. — Nous avons vu l'intérêt qu'il y avait à assigner avec l'usufruitier le nu-propriétaire ; de même celui qui est troublé dans l'exercice d'un

droit de servitude par l'un des co-propriétaires du fonds servant devra les assigner tous s'il ne veut s'exposer à les voir attaquer le jugement qu'il aurait obtenu par tierce opposition.

318. — Enfin la complainte et la D. de N. Œ peuvent être intentées contre le tiers-détenteur et il n'importe qu'il soit ou non de bonne foi, qu'il soit ou non le successeur ou l'ayant cause de l'auteur du trouble ou de la dépossession. Mais l'action contre ce tiers-détenteur ne saurait tendre qu'au délaissement et à la remise des choses dans leur premier état. Et quant à des dommages-intérêts il n'en pourrait être prononcé contre ce tiers-détenteur, sauf le cas de collusion, de complicité ou de mauvaise foi. D'ailleurs on peut agir au possessoire soit par la même action, soit par une action séparée mais préalable, soit enfin par une action personnelle postérieurement et devant une autre juridiction contre l'auteur du trouble qui aurait transmis à un tiers le fonds usurpé ou le fonds sur lequel ont été posés les travaux qui ont occasionné le trouble (Bourbeau. 352 ; Aubry et Rau, § 187, texte et note 11).

Il s'agit bien entendu du tiers-détenteur ayant cause à titre singulier et du légataire ou donataire particulier. Quant aux héritiers ou successeurs universels, comme ils sont tenus de toutes les obligations de leur auteur, même des délits et des quasi-délits, il s'en suit qu'ils seront tenus de tous les chefs de l'action possessoire et du délaissement ou de la remise des lieux en leur premier état comme des dommages-intérêts (A. et R., loc. cit.; Bélime, n° 210 ; Appleton. Voir au surplus ce que nous avons dit à propos de l'accession des possessions, n° 199).

B. — Domaine des Personnes morales administratives

319. — Il importe tout d'abord de distinguer deux espèces de domaines : le domaine privé, soumis aux règles ordinaires de la propriété et de la possession, pour lequel l'Etat, les départements, les communes

peuvent être considérées comme de simples personnes morales ordinaires et le domaine public imprescriptible.

Nous donnerons quelques détails particuliers sur la distinction des biens domaniaux à ce point de vue dans un chapitre suivant (1). Contentons-nous, pour le moment, d'indiquer les différents fonctionnaires et administrateurs qui ont qualité pour agir au Possessoire. Pour l'Etat, le Préfet de la situation de l'immeuble, a qualité pour agir et sans aucune espèce d'autorisation. Pour le département, c'est encore le Préfet, mais autorisé par le Conseil général ou la Commission départementale, qu'il s'agisse de demander ou de défendre (L. 10 août 71, art. 46, n° 15, et art. 54). S'il s'agit d'un litige entre le département et l'Etat, le Préfet représentera l'Etat; un membre de la Commission départementale, désigné par cette Commission, agira au nom du département (même loi). — On peut agir contre le département sans dépôt de mémoire (L. 10 août 71, art. 55). Mais veut-on agir contre l'Etat, il y a controverse. Les annotateurs de Curasson, s'appuyant sur la loi du 5 nov. 70, qui exige cette formalité pour toutes les actions principales, incidentes ou en reprise, décident que le mémoire est obligatoire; que, d'ailleurs, le récépissé interrompt la prescription et empêche la déchéance (n° 592). Proudhon, au contraire, enseigne qu'on doit considérer les actions Possessoires comme des actions à part et appliquer les lois du 18 juillet 1837et 10 mai 1838 (dont la loi de 71 a reproduit les dispositions), et nous estimons aussi qu'il ne faut pas de mémoire à peine de nullité (En ce sens, Aubry et Rau, Garnier, p. 431; Carou, 786; Bourbeau, 398).

320.— Pour les communes, le maire (L. 5 avril 1884, art. 122); pour les sections de communes, le maire ou le syndic (Ord. Cons. d'Etat, 23 nov. 47, Sir. 48-2-327, et du 3 janv. 48, sir. 49-2-315; Bourbeau, 400) peuvent

(1) D'ailleurs, comme l'Etat, les départements, les communes peuvent, s'ils le jugent bon, agir au Possessoire pour le domaine, imprescriptible même, comme nous le constaterons; il n'est pas nécessaire d'entrer encore dans les details.

agir ou défendre au Possessoire sans autorisation; ils peuvent intervenir ou interjeter appel (Cons. d'Etat, 30 nov. 68, D. 69, 3, 33). La même décision déclare à bon droit, selon nous, que le maire peut former un pourvoi (1). L'art. 85 de la loi de 84, qui n'est que la reproduction de l'art. 15 de la loi du 18 juillet 1837, permet au Préfet d'agir au défaut du Maire négligent et sur son refus. Mais il a été jugé que cet article ne visait pas l'exercice des actions Possessoires (Trib. Clamecy, 8 juin 60).

— D'ailleurs, l'autorisation dont nous parlons, c'est l'autorisation administrative et non pas l'autorisation du Conseil municipal (L. 5 avril 84, art. 90). Le Maire ne peut procéder sans le concours et la volonté du Conseil municipal, qui représente la commune dont le maire n'est que le mandataire légal (Cass. 28 déc. 63, D. 64-1-95). S'il n'a pas cette autorisation, l'assignation qu'il a donnée ne vaut que comme acte conservatoire ; elle est recevable, mais il doit lui être imparti un délai à l'expiration duquel il devra fournir une délibération en bonne forme qui l'autorise, faute de quoi la demande serait écartée comme irrégulière.

Celui qui veut agir contre une commune n'a pas besoin d'adresser un mémoire au Conseil de préfecture, puisque le maire peut défendre sans autorisation (20 nov. 71; Sir., 72, 1, 26). Le dépôt du mémoire n'empêcherait donc pas le demandeur d'encourir la déchéance annale (Cass., 28 nov. 64; D. 65, 1, 112).

— Enfin, remarquons en passant — c'est un point sur lequel nous reviendrons — que l'habitant, ou plutôt le contribuable inscrit au rôle de la commune, a le droit, mais avec l'autorisation du Conseil de préfecture, et au cas où la commune, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'agir, d'intenter à ses risques les actions qu'il prétend appartenir à cette commune (Art. 123 de la loi du 5 avril 1884).

(1) Contra, Poux-Lagier et Pialat sur Curasson II, p. 161, qui discutent longuement la question. Ils admettent, d'ailleurs, que le maire peut se pourvoir, sauf régularisation. Cela nous paraît, en effet, évident, l'assignation n'étant ordinairement qu'un acte conservatoire.

321. — C'est le maire, président de la commission administrative, qui est chargé d'agir et de défendre au possessoire pour les biens des hospices et des établissements de bienfaisance, et non le receveur, qui a mission seulement de recouvrer les revenus de ces établissements (Cass., 21 août 71; Sir., 71, 1, 144). Faut-il une autorisation du Conseil de préfecture? On peut dire, en argumentant des articles 9 et 10 de la loi des 7 et 13 août 1851 sur les hospices, rapprochés de l'article 55 de la loi du 18 juillet 1837, qu'il n'est pas besoin d'autorisation (Bioche, 575; Leligois, n° 55;—Contra : Curasson,, 596). Pour les biens des cures et succursales, le titulaire; pour la mense épiscopale, l'évêque; pour les chapitres et les séminaires, leurs trésoriers; pour les communautés protestantes ou juives, leurs Consistoires agiront au possessoire (Decr. 6 nov. 1813; Ord. 23 mai 1834 et 25 mai 1844). Mais il y a controverse sur le point de savoir s'il faut une autorisation (Leligois, n° 59; Garnier, p. 433, décident qu'il n'en est pas besoin. — Contra Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, 2, p. 162-163, et autorités pour et contre).

La situation du trésorier d'une Fabrique et son droit d'agir au nom de cette Fabrique sont aussi l'objet de graves difficultés (V. Ducroq, Droit admin., 2, n° 1405). On incline à lui accorder le droit d'agir au Possessoire en vertu des délibérations du Conseil de Fabrique (V. decr. 1809, art. 12), mais l'autorisation du Conseil de préfecture est exigée (V. Trib. Vienne, 5 Mars 86; Pand. fr. pér. 86, 2, 373 et la note). Remarquons enfin, pour conclure, que le Conseil municipal est appelé à donner son avis sur les autorisations de plaider des fabriques et des hospices (L. 5 avril 84, art. 90, n° 5) (1).

---

(1) Comp. sur toutes ces questions Curasson, n°s 595 et 596. — V. aussi les notes de MM. Poux-Lagier et Pialat sur Curasson II, p. 160-161-162-163 et 164.

CHAPITRE VI

DE L'OBJET DES ACTIONS POSSESSOIRES EN GÉNÉRAL

322. Examen des textes. Indications qu'ils fournissent. — 323. Les actions Possessoires ne peuvent être exercées pour les biens meubles. — 324. Quid des universalités de meubles? Controverse. — 325. Examen des différentes sortes d'immeubles au point de vue des actions Possessoires. — 326. Les Rentes ne peuvent faire l'objet d'actions Possessoires. — 327. Ni les droits réels de l'ancien Droit qui ne peuvent exister aujourd'hui sous forme de servitudes. — 328. Renvoi aux chapitres suivants.

322. — Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer que toutes les choses et tous les droits susceptibles de Possession n'étaient pas également susceptibles de fonder l'action possessoire. Et d'abord, il est un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que l'action possessoire ne saurait se concevoir pour les droits personnels, mais seulement pour les droits réels et immobiliers. Le système possessoire a un caractère de réalité dont on doit nécessairement convenir; toutefois ici encore, quand il s'agit de fixer exactement les limites de son domaine, les lacunes des textes donnent matière à de nombreuses controverses.

Les Codes et les lois spéciales ne présentent pas une théorie particulière sur le point qui nous occupe; on est obligé d'en dégager les éléments par voie de conséquence de la loi de 1790 et de la loi de 1838. — La loi du 24 août 1790, qui fixait la compétence des juges de paix, énuméra quelques applications des actions possessoires, en prétendant en faire des actions possessoires spéciales. « Le juge de paix connaîtra des déplacements de bornes, des usurpations de terres, arbres, fossés, haies et autres clôtures, commises dans l'année, des entreprises sur les cours d'eau servant à l'arrosement des prés commises pareillement dans l'année et de toutes actions possessoires. » Cette loi était dangereuse en ce se sens qu'elle avait entrepris une énumération et qu'elle la laissait singulièrement incomplète; elle n'indiquait pas par exemple une

seule application d'action possessoire aux servitudes et droits réels immobiliers. Elle contenait aussi une mention équivoque en ce qui concernait les cours d'eau. La loi de 1838 l'a heureusement corrigée sur ce point en accordant l'action possessoire pour entreprises sur les cours d'eau qui servent au mouvement des usines et moulins (1) aussi bien que pour les entreprises sur ceux qui servent à l'irrigation. Elle s'est abstenue d'autre part de donner d'autres applications des actions possessoires préférant en distinguer les diverses espèces seulement. Cette marche était plus sûre sans doute, mais peut-être eût-il été plus digne du législateur d'essayer d'indiquer et la nature de ces actions et dans les grandes lignes les diverses espèces de biens qui sont protégés par elles.

Il nous semble toutefois qu'on peut déjà conclure de ces dispositions : 1° Que l'action possessoire existe pour les biens immeubles et sous certaines conditions ; 2° Qu'elle n'existe pas pour les meubles. C'est ce que nous allons démontrer.

233. — Pour les biens meubles pris individuellement, il nous semble qu'il ne saurait y avoir de difficulté sérieuse et du reste l'art. 3 du Code de procédure qui décide que l'action possessoire doit être intentée devant le juge de paix de la situation se comprendrait difficilement en matière mobilière.

Cette solution incontestable dérive par voie de conséquence et nécessaire de la maxime déposée dans l'art. 2279. En fait de meubles, Possession vaut titre.

Cette maxime qui remonte aux premiers temps de notre ancien Droit (Etabliss. de St-Louis. L. 1. Ch. 91 ; Livre 2 Ch. 17), et qui semble venir du droit germanique (Loi salique, titre 39 et 49 ; Loi des Ripuaires, titre 35) avait bien subi une sorte de réaction

(1) Et encore il faut aller plus loin et dire que les actions possessoires peuvent être intentées à propos des eaux mortes et aussi des différents usages des eaux (V. Foucher. Comment. de la loi de 1838, 244-258-259).

(2) L'unanimité des auteurs est en ce sens, sauf Renaud. Revue critique 1845, I, p. 379. V. Wodon, 356 ; Appleton, 395 ; Curasson, 606. A. et R., § 185, note 2, et autor. citées).

sous l'influence du Droit Romain. On avait tenté de faire revivre l'Utrubi que les Romains eux-mêmes avaient laissé tomber en désuétude (V. n° 181). De là les dispositions des coutumes qui parlent de la prescription acquisitive des meubles. Mais dans ces coutumes même il semble bien que la complainte n'était pas admise en matière de meubles. Le droit coutumier écarta donc toute espèce d'action Possessoire et cela en raison de la maxime « Mobilium possessio vilis ».—Dans notre Droit Français, disait Pothier, lorsque deux parties se disputent sur une chose mobilière, on entre d'abord dans la question de propriété (Poss., n° 93. — V. aussi Loysel, Inst. Cout. V. 4, règle 15; Imbert, Prat. jud. I, 17, n° 12. V. aussi Exposé des Motifs de Bigot-Préameneu, Locré, 16, p. 586, n^{os} 44 et 45). « Dans le Droit Français, on n'a pas admis, à l'égard des meubles, une action Possessoire distincte de celle de la propriété. Il faut éviter des procédures qui seraient sans nombre et qui, le plus souvent, excèderaient la valeur des objets de la contestation ».

324. — Mais il existe une vive controverse pour les *universalités de meubles*. L'ordonnance de 1667, titre 18, art. 1er, permettait de former la complainte pour une universalité de meubles; elle était conforme à la Coutume de Paris, art. 97 : « Aucun n'est recevable de soi complaindre et intenter le cas de nouvelleté pour une chose mobilière particulière, mais bien pour universalité de meubles comme en succession mobilière ». Et l'art. 489 de la Coutume d'Orléans contenait une disposition analogue.

Pothier, n° 94, développe les mêmes solutions; il expose l'hypothèse prévue par la Coutume de Paris ; il cite aussi l'exemple de la Possession du pécule d'un religieux-curé. Et il n'est guère possible aujourd'hui de concevoir d'autre universalité de meubles que la succession mobilière; on aurait donc l'action possessoire pour une succession mobilière. Telle est la tradition que nombre d'auteurs veulent maintenir encore aujourd'hui en se fondant : 1° sur ce que les dispositions de l'Ancien Droit n'ont été abrogées ni par la loi

de 1790, ni par le Code de procédure (23 et suiv.), ni par la loi de 1838 ; 2° sur ce que les motifs de la règle « Mobilium possessio vilis » ne sauraient pas s'appliquer. En effet, disent-ils ; d'une part, l'universalité de meubles ne peut pas être considérée comme une « possessio vilis », et, d'autre part, la présomption de l'art. 2279 ne trouve plus son application (En ce sens, Henrion de Pansey, ch. 45, § 5 ; Merlin, Rep. V° Complainte, § 3, n° 2; Troplong, 281; Boitard II, p. 125; Marcadé sur 2228, n° 3). Cette opinion ne nous semble pas acceptable. Le motif qui avait fait admettre l'exception dans l'Ancien Droit, c'était qu'une telle universalité semblait « représenter une espèce d'immobilier « sapit quid immobile » (Duplessis, Act. p. 598; De Laurière sur 97, Paris ; Bourjon, Dr. Comm. II, 6, IV, sect. 3). Mais certains auteurs avaient bien aperçu qu'elle était reçue « contra rationem juris ». Bourjon, notamment, la critiquait en disant « qu'il n'y voyait pas de base, que c'était vain examen et vaine curiosité plus que réalité ». Il ne s'inclinait donc que devant la lettre de l'ordonnance. Or, nous n'avons pas de texte aujourd'hui. Et même l'art. 23 du Code pr. n'accorde l'action qu'au Possesseur; or en vertu de l'art. 2279, il n'y a pas d'exercice possible d'une action Possessoire par un Possesseur de meubles puisque l'instant initial de sa Possession est le commencement de sa propriété. Est-ce à dire que les universalités de meubles ne soient pas soumises à la règle de l'art. 2279? Mais d'abord cet article ne distingue pas, et nulle part il n'est écrit qu'une universalité de meubles constitue un droit indivisible comme un droit de servitude. Selon la remarque très juste de MM. A. et R. : « La prétention à une servitude peut se manifester par des actes matériels positifs ou négatifs qui en réalisent l'exercice d'une manière complète ; au contraire, les actes de disposition ou de jouissance que peut faire le prétendant droit à une succession, ne s'appliquent jamais qu'à des objets particuliers, et non point à l'universalité comme telle ».

Enfin on peut interpréter favorablement l'exposé de

Bigot de Préameneu. Après avoir indiqué que l'action possessoire n'est pas admise pour les meubles, il ajoute simplement : « S'il s'agissait d'une universalité de meubles, telle qu'elle échoit à un héritier, *le titre universel se conserve par les actions qui lui sont propres.* » N'est-ce pas à dire que l'hérédité mobilière ne se possède pas, ne se défend pas par une action possessoire ? L'héritier conservera *le titre universel*, cela veut dire prouvera sa qualité, son droit à l'universalité, par les actions *qui lui sont propres*, c'est-à-dire évidemment, selon la remarque de MM. Aubry et Rau par la pétition d'hérédité ou l'action en partage.

Enfin, l'on peut ajouter qu'au point de vue de la raison une pareille exception serait des moins justifiables, à moins qu'on ne veuille toujours faire du possessoire une instance du premier degré, un simple préalable du pétitoire, toujours nécessaire quand il s'agira de débats d'une certaine importance, et c'est là un point de vue que nous avons condamné à plusieurs reprises. — Remarquons enfin, pour conclure, que la reconnaissance du droit aux actions possessoires, au cas d'universalité de meubles, répond si peu à un besoin de la pratique, qu'il n'est pas à notre connaissance un seul cas dans lequel le débat se soit posé, qu'aucun auteur, aucun recueil de jurisprudence ne cite une décision ancienne ou nouvelle, une seule décision rendue sur la difficulté qui nous occupe. Par tous ces motifs réunis, nous refuserons l'action possessoire au cas d'universalité de meubles (Carré, Just. de paix, 2,1635; Bélime, 378; Garnier, p. 233; Carou, 545; Bourbeau, 358; Appleton, 395; Leligois. V° Immeubles-meubles, n° 29; Aubry et Rau, loc. cit., note 3; Wodon, 457; Curasson, 606 (1).

325. — Les immeubles seuls feront donc l'objet des actions possessoires. Mais l'art. 517 distigue diverses

(1) La loi belge du 25 mars 76, art. 4, repousse implicitement la théorie que nous combattons. Elle déclare que l'action possessoire ne peut avoir lieu que pour les choses prescriptibles. Or une universalité de meubles n'est pas prescriptible ut universa, les meubles seulement le sont ut singuli. — Cep. l'art. 606 du Code civil Hollandais a maintenu par un texte exprès la solution de l'ancien Droit.

catégories d'immeubles. « Les biens sont immeubles ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent. D'autre part il y a encore des immeubles par la détermination de la loi. Il est essentiel de voir si la complainte peut s'appliquer à chacune de ces catégories.

Les immeubles par leur nature ou immeubles corporels ordinaires (art. 518) n'ont pas besoin de définition spéciale, mais une distinction qu'on ne saurait faire trop nettement d'ordinaire c'est celle des immeubles par simple destination et celle des immeubles par incorporation ou accession. Les immeubles par simple destination, art. 524 civ. n'ont par eux-mêmes aucun caractère immobilier et pris isolément ils ne sauraient fonder la complainte. S'agit-il d'un troupeau de moutons par exemple dont on a enlevé quelques têtes, il n'y a là qu'une spoliation donnant lieu à une revendication mobilière ou à une action en dommages-intérêts.

On ne saurait concevoir qu'il en pût être autrement que si le fait dont les immeubles par destination ont souffert n'était qu'une sorte de trouble adressé à l'immeuble principal lui-même auquel on les a attachés « à perpétuelle demeure pour son exploitation ou son utilité ». A un certain point de vue donc ils sont l'accessoire du fonds et certaines atteintes dirigées contre eux en tant qu'accessoires atteignent directement ce fonds.

Il est au contraire des objets meubles incorporés ou scellés (art. 523, 525) qui font réellement partie de l'immeuble ; on ne conçoit pas qu'ils en puissent être séparés dans aucune hypothèse sans que l'immeuble même en soit atteint ; par suite, ils seront protégés par l'Action possessoire qui protége l'immeuble même (V. Arr. Cass. 18 août 42. D, 42, 1, 401, Dalloz. Act. Poss. 492. Cpr. Appleton, 395. Bourbeau, 359). Peu importerait qu'ils eûssent été enlevés, descellés par quelqu'un qui prétendrait seulement en être approprié à titre mobilier. Comme nous l'avons remarqué plus haut, l'intention du troublant n'importe guère ; il suffit qu'il y ait eu atteinte à la possession immobilière du complaignant.

Enfin, il est des immeubles que la loi n'a pas suffisamment distingués et séparés des autres (Wodon, n° 211); qui, par leur nature, sont immeubles et qui se conçoivent très bien comme immeubles distincts du fonds auquel ils sont attachés. Ce sont les constructions, les plantations (V. A. et R. § 185, texte et note 14 et 15). Ces immeubles peuvent, sans difficulté, faire l'objet d'actions Possessoires spéciales et séparément du fonds sur lequel ils se trouvent. Sans doute en vertu du principe « accessorium sequitur principale », ces sortes d'immeubles sont considérés, jusqu'à preuve contraire, comme possédés en même temps que le fonds, mais cette présomption n'a rien d'absolu (1) ; elle admet la preuve d'une main-mise contraire, et le voisin pourra très bien les posséder et les défendre utilement par l'action Possessoire contre le possesseur même du fonds auquel ces constructions et ces plantations sont adhérentes.

Et, bien entendu, pas plus ces immeubles par nature que les meubles devenus immeubles dans les hypothèses précédentes, une fois qu'ils sont séparés du sol ou détachés de l'immeuble principal, ne restent immeubles, et il est à peine besoin d'ajouter que jamais, dans les espèces parcourues, l'action Possessoire ne se concevrait contre un tiers détenteur (Wodon, 213 *bis*).

— Les immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent, sont, d'après l'article 526, les actions qui servent à revendiquer un immeuble, l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers. — Que l'usufruit des choses immobilières donne droit à l'action Possessoire aussi bien que le droit réel immobilier de servitude, c'est ce qui est admis sans conteste depuis les grands jurisconsultes romains. L'usufruitier, d'ailleurs, n'est-il pas un possesseur « in parte-qua » aussi respectable que celui qui a la volonté d'avoir la plénitude du « dominium » ? Et, quant aux servitudes qui contribuent si fort à augmenter la va-

(1) Parallèlement, au point de vue de la propriété, en vertu du droit d'accession, le propriétaire du sol est présumé propriétaire des constructions et plantations.

leur du fonds dominant, et la facilité de son exploitation, ne sont-elles pas comme des parties détachées du fonds servant, qui viennent accroître au fonds dominant, qui en deviennent l'accessoire et qui doivent être protégées par des moyens identiques ? Nous donnerons, d'ailleurs, plus loin des explications spéciales en ce qui concerne l'application de l'action Possessoire aux Servitudes. Quant aux actions qui servent à revendiquer un immeuble, il résulte de leur nature même qu'elles ne sauraient faire l'objet de la complainte. En effet, la seule manière dont on puisse faire acte de possession sur une action, c'est en l'exerçant. Or, il est impossible de concevoir que cet exercice puisse atteindre le véritable titulaire de cette action, car la chose jugée ne lui sera pas opposable (art. 1351) et il ne sera pas rendu incapable d'exercer l'action le jour où il lui paraîtra convenable (Vauloup, Thèse, Caen, 1872, p. 103; Wodon, 216, et autorités citées).

Il nous reste à parler des immeubles par la détermination de la loi (art. 529. — V. Demol., 379, tome 9), notamment les actions de la Banque de France.

Il est évident que ces dérogations au droit commun en raison de considérations toutes spéciales, ne changent pas la nature des choses. Il en serait de même, selon la remarque de Curasson, n° 609, au cas d'ameublissement par contrat de mariage (art. 1505). Il n'y a là qu'une clause réglant les rapports des époux. Le bien reste immeuble et garde la protection des actions Possessoires.

326. — On a discuté anciennement si les rentes et les autres prestations périodiques ne pouvaient pas, dans certaines conditions, faire l'objet d'actions Possessoires. Les rentes constituées dans l'ancien Droit étaient immeubles dans la plupart des Coutumes, en raison de leur importance, « parce qu'elles composaient la plus grande partie du patrimoine, souvent même tout le patrimoine d'un très grand nombre de familles » (Pothier, des Choses, 2e part., § 2). Mais c'étaient des droits personnels qui n'avaient pas de situation fixe et

qui, par suite, ne pouvaient être l'objet d'actions Possessoires.

Quant aux rentes foncières, c'était comme une charge réelle du fonds; en conséquence, elles étaient protégées par la Complainte. Mais l'article 529 a changé ce système et décidé que toutes les rentes étaient personnelles et mobilières (Cass., 9 août 31, D., 31, 1, 262; 11 févr. 33; D. 33, 1, 13). C'est un point admis sans difficulté aujourd'hui que la rente foncière ne peut être l'objet de l'action Possessoire.

327. — Quant à tous les autres droits réels de l'ancien Droit, champart, péages, banalités, droit à des services éventuels, etc., faut-il dire avec Curasson, n° 607 (V. aussi Wodon, 461, 462) qu'ils ne pourront plus se concevoir comme droits immobiliers? Nous estimons qu'il faut distinguer si ces droits sont ou non incompatibles avec les règles des servitudes, s'ils peuvent ou non être établis à titre de servitudes. Quant au point spécial de savoir si lorsqu'une servitude comporte certains travaux de la part du propriétaire du fonds servant, on peut agir au possessoire pour l'obliger à les faire, c'est un point que nous traiterons à part. Nous avons vu aussi au chapitre précédent que certains baux pouvaient constituer des droits réels d'une nature particulière et devenir l'objet d'actions Possessoires; nous ne reviendrons plus sur ce point (1).

Mentionnons enfin, pour compléter nos explications, que la Complainte ne saurait être admise pour un office civil ou même ecclésiastique; la Complainte bénéficiale n'a pas passé dans notre Droit moderne. C'est ce qui a été décidé par un arrêt de Nimes, 26 mai 1821 (V. Dalloz, V° Act. poss., 508, et V° Culte. — Merlin, Rep. V° Complainte, § 3; Wodon, 463).

328.—Après avoir ainsi indiqué d'une façon générale l'objet des Actions posssessoires, il est nécessaire d'entrer dans des détails spéciaux sur diverses catégories de biens considérés dans leurs rapports avec le système Possessoire. C'est ce que nous ferons dans

(1) Voir aussi ce que nous avons dit du droit de chasse ou de pêche.

les chapitres suivants, en passant successivement en revue : 1° Les Immeubles corporels ; 2° Le Régime des Cours d'eau et les Droits d'usages sur les eaux ; 3° les Servitudes et Droits réels immobiliers.

CHAPITRE VII

DE L'OBJET DE ACTIONS POSSESSOIRES (Suite)

Immeubles corporels

329. Division des immeubles corporels. Domaine des particuliers. — 330. Mines. - 331. Domaine privé des personnes morales administratives. — 332. Sous le bénéfice de quelles observations le domaine public est-il insusceptible d'actions Possessoires ? — 333. L'administration peut agir au Possessoire pour son domaine public. — 334. Le Précariste administratif a les actions Possessoires — 335. Quels biens font partie du domaine public ? — 336. Controverse à propos du domaine monumental. — 337. Questions de voirie. — 338. L'imprescriptibilité et l'impossibilité de posséder s'appliquent à l'accessoire comme au principal. — 339. Forme particulière de l'action Possessoire au cas d'élargissement ou de redressement de chemins vicinaux. — 340. Comment les routes et chemins peuvent sortir du domaine public. — Déclassement. Abandon. Non-usage. — 341. Rivages de la mer. Lais et relais. — 242. Ports, rades et havres. — 343. Fortifications et citadelles. — 344. Eglises, palais épiscopaux, presbytères. — 345. Cimetières.

329. — La division la plus importante des immeubles corporels, au point de vue du possessoire, c'est la division en immeubles du domaine public, et en immeubles du domaine des particuliers.

L'action possessoire existe sans difficulté pour tous les immeubles possédés par les particuliers. Elle existe, comme nous avons eu l'occasion de le constater, pour le principal et pour les accessoires, pour le sol comme pour les constructions, clôtures, plantations et aménagements de toute espèce qui sont incorporés à la chose principale. Enfin, corrélativement à l'art. 552 qui décide que la propriété du sol comporte la propriété du dessus et du dessous, on doit décider que la possession du sol, à titre de plein propriétaire, fait présumer la possession du dessous. Ce n'est pas à dire, selon nous, et c'est ce qu'indique Wodon (n° 465), qu'aucune preuve contraire ne puisse être reçue contre cette présomption ; il n'y a pas indivisibilité entre le sol et le tréfonds, on peut très bien posséder l'un sans l'autre.

330. — La loi du 21 avril 1810 a même nettement séparé la propriété du dessus et du dessous pour les cas où le sol contient des richesses minérales. La propriété des mines concessibles est, par suite, devenue distincte de la propriété de la surface ; la mine est comme un immeuble nouveau pouvant s'acquérir, se posséder, se prescrire et même s'hypothéquer au même titre et selon les mêmes règles que tous les immeubles qui sont dans le commerce ; sans difficulté donc, le concessionnaire de la mine possède cette mine et il peut en protéger la jouissance soit contre le propriétaire de la surface (1), soit contre les exploitants voisins (Bioche, V° Act. Poss., n° 109 ; Curasson, n° 610 ; Wodon, 465 et suiv.). Mais il pourrait évidemment se poser une question préjudicielle. Si les parties n'étaient pas d'accord sur l'interprétation de l'acte de concession et s'il y avait nécessité sérieuse d'interpréter cet acte, le juge de paix devrait renvoyer la question au Conseil d'Etat (Appleton, § 487 ; Carou, 265. — Mais si l'on suppose qu'un possesseur se présente qui n'est pas le vrai concessionnaire, qui a usurpé sur ce concessionnaire, ou s'est mis en possession d'une mine ou d'un puits abandonné, son action possessoire sera-t-elle recevable ? En d'autres termes, le demandeur doit-il nécessairement prouver que le titre de concession lui est personnel ou qu'il est aux droits du concessionnaire ? La question s'est posée devant la Cour de Cassation belge (V. Wodon, 467), et elle a déclaré fort justement, selon nous, que le fait d'ailleurs incontesté d'une concession primitive suffisait, que cette concession avait mis la chose dans le commerce et créé un immeuble qui conservait son existence propre jusqu'à ce que la concession primitive fût expressément abolie par un acte contraire de l'administration.

Mais une question très controversée en matière de mines, c'est celle de savoir quel sera le droit du pro-

(1) A l'inverse, le propriétaire de la surface a l'action possessoire contre le concessionnaire, mais il ne peut se plaindre pour les travaux qui sont exécutés en vertu de la concession. C'est là un des cas de trouble légal dont il a été parlé plus haut.

priétaire du sol ou du possesseur qui, sans concession d'aucune sorte, aura commencé une exploitation minière (1). Les auteurs sont très loin d'être d'accord sur les droits d'un pareil exploitant. Pour lui refuser toute action, on a tiré argument de l'art. 552 du Code Civil. Il est certain que cet article n'attribue au propriétaire d'un héritage qui renferme des richesses minérales, qu'une sorte de propriété de nom, qu'il n'a en règle qu'un « jus dormiens », ce que Wodon (471), appelle une expectative d'indemnité. Mais cet article veut-il dire que la mine, même ouverte, n'est rien sans la concession ? Evidemment non. L'art. 5 de la loi de 1810, d'autre part, n'est pas décisif. Il défend à quiconque d'exploiter une mine sans l'octroi d'une concession. Soit ; il y aura contravention, l'administration pourra faire combler les puits et suspendre les travaux, mais il ne s'en suit pas que la possession soit impossible. La mine, d'autre part, n'est-elle pas susceptible de propriété privée par sa nature ; peut-on dire qu'elle est affectée à l'usage public ou à un service public ? Non, sans doute; le but de la loi n'est pas seulement, comme on l'a dit, d'opérer une sorte de sequestre en vue des besoins de l'avenir ; il ne paraît pas démontré qu'en 1810 on eût beaucoup de pareilles préoccupations; elle tend à assurer une exploitation convenable, une mise en valeur plus rapide, à empêcher surtout l'éparpillement de mille petites exploitations. Cela est si vrai qu'elle décide qu'on doit donner la concession de préférence au propriétaire s'il a une fortune suffisante pour exploiter.

D'autre part si nous nous plaçons à un autre point de vue, on doit dire que jusqu'à l'intervention de la concession le propriétaire du sol a bien une Possession du tréfonds. Et s'il ne possède pas la mine on doit reconnaître qu'il possède son immeuble « cum omni causa » dans les termes du droit commun. Il a

(1) La question n'existe pas pour les *mines superficiaires* qu'on peut exploiter sans concession.

donc incontestablement la complainte (1). Et si c'est d'autre part par exemple un exploitant voisin concessionnaire ou non qui a poussé ses galeries au delà des limites de sa concession, comment dire qu'il ne saurait posséder si d'ailleurs sa Possession est qualifiée dans les termes du droit commun? Nous dirons donc que sauf le cas de clandestinité ou de Possession non qualifiée, cet exploitant a les actions possessoires (Voir il est vrai en sens contraire. Wodon, 474 ; Curasson, loc. cit.; Proudhon. Dom. de propr., 758; Cpr. Appleton, § 486).

Sauf cette seule exception, le propriétaire ou le possesseur de l'immeuble a droit de faire toutes les fouilles que bon lui semblera, d'extraire des matériaux et du sable en se conformant aux règlements, son droit absolu ne souffre d'autres restrictions que celles qui résultent du voisinage et qui seront étudiées avec les servitudes. Il peut par l'action possessoire le défendre contre toute atteinte.

331. — On doit assimiler aux biens des particuliers les biens du domaine privé de l'Etat ou des autres personnes morales administratives; ces biens sont prescriptibles et par suite susceptibles de Possession et d'action possessoire (V. A. et R., § 185, texte et note 10). Et la recherche de la nature de l'immeuble, le point de savoir s'il fait ou non partie du domaine public ou privé rentre essentiellement dans l'office du juge de paix sans qu'il ait à craindre de cumuler le possessoire et le pétitoire. C'est qu'en effet selon la remarque de Curasson, n° 610, en appréciant la nature de l'immeuble possédé « il apprécie seulement le caractère de la possession ». Il recherche quelle peut être légalement l'intention du possesseur et si la Possession doit être considérée comme qualifiée.

(1) V. A. et R., § 223, 3°. Jusqu'à la concession de la mine la propriété en reste unie à celle du sol. Et un arrêt de Cass., 1er février 1841 ; Sir., 41. 1-21 a décidé que le tiers qui exploiterait sans concession préalable serait passible de dommages-intérêts envers le propriétaire du fonds dans lequel la mine se trouve.—Wodon, n° 473, cite d'autre part deux arrêts de Cass. belge qui ont proclamé que les mines faisaient partie du sol jusqu'à la concession.

332. — Est-ce à dire toutefois comme l'indique le même Curasson (611) que la distinction des biens prescriptibles et des biens imprescriptibles soit absolument décisive pour apprécier si un bien peut ou non faire l'objet d'une action possessoire (1)? Est-ce à dire que l'action possessoire ne puisse être exercée qu'autant que la prescription afin d'acquérir ou de perdre un droit immobilier peut résulter de la Possession? Non certes. Il y a là une inexactitude palpable. Nous avons constaté qu'il n'y avait pas à s'inquiéter s'il s'agissait de la Possession d'un incapable et que la déchéance annale de l'action possessoire courait contre cet incapable, nous avons établi que la Possession en vertu de concessions administratives ou même de simple tolérance n'était pas absolument frappée de précarité (V. aussi plus bas, n° 334), enfin nous constaterons qu'on peut sous certaines conditions posséder les servitudes discontinues qui ne sont pas prescriptibles (1) (V. A. et Rau, § 185, 1° et page 134, note 55; Bourbeau, 362; Bélime, 252; Appleton, § 412 et 418; Wodon, 372).

Il ne faut donc pas poser en règle que le domaine public qui n'est pas prescriptible soit insusceptible d'actions possessoires. C'est une remarque capitale que nous avons faite dès le commencement de cette étude (V. n° 186). On peut dire que toute chose prescriptible peut faire l'objet d'une action Possessoire, mais la proposition inverse en matière de domaine public n'est exacte que sous la restriction des principes suivants.

333,— L'imprescriptibilité,ou plutôt l'indisponibilité, ne peut être invoquée que par le domaine et dans son intérêt.

(1) Cette erreur est aussi celle de beaucoup d'arrêts dans leurs motifs (V. notamment Cass., 6 juin 53; D. 53. 1-250; 11 février 66; D. 66. 1-315).

(2) La loi belge du 25 mars 1876, en assimilant le domaine de la prescription et des actions possessoires a expressément borné aux choses prescriptibles le domaine de ces actions et supprimé par suite le précaire administratif et l'exercice de l'action possessoire pour une servitude discontinue même avec titre.

Sans préjuger si l'Etat est réellement propriétaire du domaine public ou s'il n'en est en quelque sorte que l'administrateur dans l'intérêt de tous, il est incontestable que le domaine a qualité pour intenter les actions Possessoires. Que l'Etat soit un être moral ou collectif, ou qu'il soit une sorte d'administrateur, il doit avoir à sa disposition toutes les actions qui peuvent servir à maintenir l'intégralité du domaine public. Il pourra donc agir au Possessoire à l'encontre de toute personne qui troublera la paisible Possession du domaine ou qui prétendra en usurper une partie, s'il n'aime mieux se servir des lois et règlements administratifs ou invoquer les pénalités spéciales édictées contre ces usurpateurs (Cass. 31 déc. 55, D. 56-1-17; — 20 avril 63, D. 63-1-190; — 9 janvier 72, D. 72-1-41 et la note; — Bélime, 230; Curasson, 614; Bourbeau, 365; A. et R., § 185, n° 4, note 41; Appleton, § 449, 450; Wodon, 373).

Mais il est essentiel de remarquer que l'Etat en choisissant cette voie ne saurait rendre sa situation meilleure et qu'il est soumis exactement aux obligations de tout autre complaignant quant à la preuve. Il agit alors comme s'il défendait son domaine privé. C'est ce qu'a très bien aperçu Appleton, § 453. Une complainte ne saurait se concevoir sans Possession annale et si l'Etat prend la voie de la complainte, il doit en accepter toutes les conséquences. La seule preuve de la domanialité, qui pourrait suffire au Pétitoire, ne saurait seule faire triompher l'Etat devant le juge de paix. L'action ne serait pas recevable ou plutôt elle serait mal fondée. C'est ce qui a été décidé en ce qui concerne une commune (Cass. 20 mars 63, D. 63-1-189), et c'est une règle qui doit s'appliquer à toutes les personnes morales administratives. L'exception de domanialité est une exception purement Pétitoire qui ne peut être opposée « in forma » devant le juge du Possessoire. Et, naturellement, la preuve que l'Etat doit fournir doit être entendue « secundum subjectam materiam ». Il doit établir un usage commun annal, et cela est suffisant.

Cette observation s'applique surtout au cas où il s'agit d'une complainte double, au cas où l'Etat et un particulier se disputent une parcelle de terrain. Elle s'applique au cas où l'Etat conclut à une déclaration de maintenue. Si le procès se posait entre l'Etat, auteur d'un trouble, et un complaignant contre ce trouble, l'Etat pourrait, sans se porter reconventionnellement demandeur, faire déclarer purement et simplement l'action non recevable, la Possession annale fût-elle établie en faveur de ce complaignant ; l'exception de domanialité dont il apporterait la preuve n'aurait pas pour effet d'énerver la Possession annale, mais de donner au trouble prétendu le caractère d'un acte légalement passé. Dans ce cas, la complainte serait simple. Il y aurait lieu seulement au rejet des conclusions du complaignant.

334. — Comme conséquence des observations précédentes, puisque l'imprescriptibilité et l'exception de domanialité ne peuvent être opposées que par l'Etat, nous déciderons que celui qui possède à titre de précaire administratif (V. n° 220), c'est-à-dire en vertu d'une concession ou même d'une simple tolérance de l'administration, un immeuble ou partie d'immeuble dépendant du domaine, quoiqu'il n'ait contre l'Etat aucun droit, peut néanmoins exercer contre les tiers une action Possessoire à propos de cet immeuble (1). (V. Cass. 18 déc. 65, D. 66-1-224; — 16 juillet 72, D. 74-1-79; — 20 nov. 77, D. 78-1-272; — 27 fév. 78, D. 78-1-277; — 27 juill. 87, D. 89-1-67). Les tiers, ainsi actionnés, ne peuvent se prévaloir du caractère domanial de l'immeuble. C'est une exception qui ne leur appartient pas, et ce caractère fût-il évident, le juge du Possessoire ne saurait en tenir compte (A. et R., § 185, texte et note 8 et autorités citées ; Appleton, 452-459; Bélime, 233; Bourbeau, 365; Contra : Wodon, n° 382; Bioche, V° Act. Poss. 70; Carou, 75). Et d'au-

(1) Bien plus, on a décidé que le particulier pouvait réclamer, par complainte, contre un tiers qui l'empêchait de passer ou le troublait dans l'exercice de son passage sur la voie publique (V. Aubry et Rau, § 185, p. 131, note 42).

tre part, si l'Etat a le droit d'intervenir, le juge ne peut, ni d'office, ni sur la demande du défendeur ordonner la mise en cause de l'Etat, ni surseoir jusqu'à cette mise en cause (Cass. 23 août 59, liv. 59-1-910). Ce sont là des applications logiques des principes que nous avons posés en matière de précaire administratif. C'est aussi la résultance de cette idée qui tend à prédominer parmi les jurisconsultes(1) les plus récents, idée qui consiste à voir dans le domaine public une indisponibilité d'une nature spéciale empêchant sans doute toute appropriation définitive et absolue sur les choses de ce domaine, mais en permettant parfaitement l'usage temporaire et révocable. Dans cette théorie, l'Etat n'est pas propriétaire du domaine public, bien que certains textes paraissent le dire ; il exerce surtout une espèce de tutelle et de protection au nom de la nation tout entière. C'est en vertu de ce pouvoir qu'il accorde des concessions qui doivent être respectées de tous et qui, sans difficulté, peuvent être défendues par les actions Possessoires. Ces concessions, en effet, donnent naissance à un droit, droit révocable sans doute, mais, incontestablement, à un droit exclusif, à un droit propre vis-à-vis de tous autres que l'Etat. Et, pour aller jusqu'au fond des choses, ces concessions constituent un droit d'usage réel (Contra Pardessus, Servit., n° 40 ; Duranton, 21, n° 157. — V. aussi Wodon, 383-385). Or, un droit d'usage réel est évidemment susceptible de possession ; donc, on peut sur le domaine public, alors même qu'on n'a pas de titre de concession, posséder au moins à titre d'usage réel et avoir une possession opposable aux tiers (2). C'est en vertu de ce point de

(1) C'est la théorie de Proudhon. — V. Ducroq, 910 ; Dalloz, v° Domaine public, et les autorités pour et contre, notamment Demol., 9, 457 ; Wodon, 374 et suiv., et not. 381 ; Appleton, 449-450 ; Curasson, 612, et auteurs cités plus bas.

(2) Quant aux concessions des produits du domaine, elles doivent être traités de même, en tant qu'elles ne seraient pas un simple bail, mais une concession véritable (Sic. Gaudry, Dom., 643; Cpr. Wodon, n° 307 bis et aut. citées). Ainsi le droit au varech accordé aux communes, le droit aux produits spontanés des cimetières accordé aux Fabriques sont de véritables droits réels. Par suite, il peuvent être défendus par l'action Possessoire.

vue que MM. Aubry et Rau reconnaissent que si les immeubles corporels ne peuvent faire l'objet d'une action possessoire qu'autant qu'ils sont placés dans le commerce et, par suite, susceptibles d'être acquis par voie d'usucapion, on doit apporter à ce principe cette restriction considérable, capitale, qu'il s'agisse d'une action possessoire portant sur *la possession du fonds même de ces immeubles*. Notre Droit moderne n'est plus resserré dans la conception étroite de la Possession romaine ; il admet qu'on puisse posséder sans difficulté les servitudes ; il admet, et il faut poser cela en principe, qu'on puisse posséder toute espèce de démembrement de la propriété ; il admet que toute espèce de droit d'usage réel, de concession portant sur la jouissance d'un immeuble, peut donner lieu à une possession qualifiée (Bélime, 143 ; Cass., 22 nov. 64 ; D., 65, 1, 109 ; 24 juill. 65 ; D., 65, 1, 441 et arrêt du 16 juil. 72 cité plus haut). Et, par application de ce principe, nous déciderons, avec MM. Aubry et Rau, que le particulier qui a obtenu de l'Etat, du département ou d'une commune, une concession consentie à perpétuité ou pour un temps déterminé, pourra former une action possessoire même contre l'Etat qui le troublerait *avant toute révocation* (A. et R., § 185, 4° note 43. — V. Cass., 31 Mars 1831 ; Sir., 31, 1, 123 ; Cpr. Cass., 10 Janv. 44 ; Dalloz, V° act. poss., 332 ; Cass., belge, Pas. B. 62, 1, 104).

335. — Mais on peut avoir à se demander quels biens font ou non partie du domaine public ; tout le monde reconnaît que le juge de paix a qualité et compétence pour vérifier la domanialité, comme nous l'avons remarqué plus haut. Mais, par quels principes sera-t-il guidé dans cet examen ? Quels biens constituent le domaine public ? Quels biens le domaine privé ? Quels sont les biens prescriptibles ? Quels sont les biens qui ne sont pas dans le commerce ? La solution de ces questions présente de grandes difficultés, et il est essentiel de donner sur le domaine public quelques indications sommaires.

On donne du domaine public diverses définitions.

C'est, d'après Proudhon, la réunion de tous les immeubles qui, « sans appartenir privativement à personne, ont été consacrés au service de la société. » Selon Pardessus, au contraire, le domaine national comprend « tous les objets immobiliers appartenant à l'Etat qui sont consacrés aux besoins du corps social et ne pourraient devenir propriété privée sans cesser d'être appliqués à cette destination. » Ces deux définitions font ressortir toute la différence de conception du domaine public par les deux écoles différentes que nous avons indiquées, et l'on comprend qu'elles doivent servir de point de départ à des théories très différentes dans le détail.

L'art. 538 du code civil constitue le siège de la matière. Il donne « in fine » un principe et dans son début, des applications, des exemples. Le principe c'est que « toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée doivent être considérés comme des dépendances du domaine public, » et l'article indique « les chemins, routes et rues à la charges de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades. »

Mais qui ne voit que ce texte est tout à fait insuffisant, qu'il ne donne aucune indication précise sur les caractères constitutifs du domaine public? Aussi les auteurs sont-ils très divisés sur le point de savoir quel est le principe régulateur du classement domanial. Les uns s'appuient sur le caractère monumental de l'immeuble, les autres sur la nature de l'affectation perpétuelle et générale dont cet immeuble est l'objet, d'autres sur le fait même de l'affectation officielle à un service ou un usage public (V. Ducroq, Droit Administ., n° 914).

D'après la théorie de Ducroq (n° 915 et suiv.), pour constituer un immeuble du domaine public il faut : 1° qu'il soit non susceptible de propriété par sa nature. « Nous ne croyons pas, dit-il, que la domanialité publique soit une pure création juridique, qu'elle puisse être l'œuvre exclusive de l'autorité administrative dont

les actes officiels de classement, d'affectation ou de délimitation constitueraient la cause efficiente et créatrice de la domanialité publique. » Selon cet auteur, l'administration reconnaît la domanialité, elle ne la crée pas et l'acte officiel qui la déclare devrait être annulé pour excès de pouvoir s'il en méconnaissait les caractères naturels. — 2° Il faut que l'immeuble soit affecté à l'usage public et non pas seulement à un service public, comme la plupart des édifices publics (V. aussi Macarel et Boulatignier. Traité de la fortune publique I, n° 18. Dufour V, p. 77. Aubry et Rau, § 169). — 3° Il faut que l'immeuble soit une portion du territoire français, expressions qu'il ne paraît pas aisé d'appliquer aux édifices.

336. — C'est en effet surtout pour les édifices publics qu'il y a une vive controverse. Les palais nationaux, les hôtels des ministères, les châteaux historiques avec toutes leurs dépendances diverses, clôtures, cours, jardins ; les édifices affectés aux musées, aux bureaux des diverses administrations civiles et militaires et au logement des fonctionnaires, par exemple les préfectures, les mairies, les magasins publics (autres que les arsenaux), en un mot le domaine monumental doit-il faire partie du domaine public? Il suffit de poser la question pour comprendre l'importance considérable qu'elle peut avoir à tous les points de vue et notamment au point de vue spécial des Actions possessoires. Si le domaine monumental fait partie du domaine public toute Possession contre ce domaine sera précaire; si c'est une dépendance du domaine privé au contraire, on pourra diriger contre lui des entreprises susceptibles de faire acquérir une Possession utile. Et si l'on remarque que beaucoup de ces édifices ne sont pas séparés des propriétés des simples particuliers, qu'il peut y avoir une clôture commune, un mur séparatif, qu'en un mot, le contact est possible, on voit la série de questions pratiques qui surgit et qui doit être résolue dans un sens ou dans l'autre suivant qu'on adopte l'une ou l'autre des opinions contraires. Et par exemple, peut-on acquérir par prescription ou posséder la

mitoyenneté du mur d'un hôtel de préfecture? Peut-on posséder une servitude d'appui sur ce mur? La question s'est posée devant la Cour de Paris qui s'est prononcée pour l'affirmative (V. Arrêt. Paris, 18 février 1854. D. 54, 2, 178), elle a déclaré qu'un hôtel de préfecture n'était pas hors du commerce et que le voisin pouvait acquérir la mitoyenneté du mur servant d'enceinte à un hôtel de cette nature.

La solution posée par cet arrêt est généralement acceptée par les auteurs de Droit Administratif (Ducroq, loc. cit.. V. aussi le même auteur, Traité des Edifices publics, n° 43. Dans le même sens, Dufour, Batbie et Aucoc. V. aussi Appleton, § 484, Cpr. Dissertation de M. Cazalens, Dall. 77, 2, 161. — Contra Demolombe, 9, 460. Wodon, 452. Belime, 221. Curasson, 645. Bourbeau, 363. Aubry et Rau, § 169, texte et note 9 et autor. pour et contre).

Il faut d'ailleurs observer que la controverse n'existe pas pour les Edifices qui sont classés dans le domaine public par un texte spécial, comme les forteresses et les murs des places de guerre, les édifices consacrés au culte , ni pour ceux qui font corps avec le domaine public comme les phares, les statues, les fontaines publiques et les murs de soutènement des voies publiques. Et d'autre part il faut dans l'opinion de ceux même qui classent dans le domaine public le domaine monumental que l'immeuble soit directement affecté à un service d'utilité générale, ainsi les abattoirs communaux et les théâtres sont placés par la plupart d'entre eux parmi les édifices du domaine privé.

Enfin M. Ducroq apporte à sa théorie une restriction commandée par l'art. 257 pén. d'après lequel « quiconque aura détruit, mutilé ou dégradé des monuments, statues et autres objets destinés à l'utilité ou à la décoration publique et élevés par l'autorité publique ou avec son autorisation, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux mois ou d'une amende de 100 à 200 francs ». En vertu de ce texte, l'acte de possession sur un édifice public pourra, selon les cas, constituer un acte délictueux et être inopérant à fonder

une possession utile pour agir par voie de complainte.

La discussion de cette controverse sortirait évidemment du cadre de cette étude ; nous nous contenterons d'indiquer que la solution adoptée par les auteurs de Droit Administratif nous paraît préférable. Le domaine public est un domaine d'exception, il ne saurait exister qu'en vertu d'un texte. Or en fait de texte nous avons l'art 538 dont on ne peut selon la remarque de Ducroq appliquer le principe aux édifices. Cet article d'autre part a été commenté par Goupil de Préfeln (Rapport fait au Corps Législatif. V. Fenet, X, 1, 538) qui n'a pas indiqué les édifices parmi les dépendances du domaine public ; or il est impossible de concevoir qu'un élément aussi important du domaine public ait échappé à l'attention du législateur ; s'il ne le nomme pas c'est évidemment qu'il entendait le classer dans le domaine privé.

— Nous déciderons donc pour conclure que sous le bénéfice des observations indiquées plus haut le domaine monumental peut faire l'objet d'une action possessoire dans les mêmes termes que le domaine privé dont il n'est qu'une partie en ce qui concerne le Droit civil (1).

Feront donc seuls partie du domaine public, d'après nous, les immeubles formellement visés par l'art. 538 et par des lois spéciales. Ces immeubles, en principe, ne peuvent faire l'objet d'une action Possessoire. Mais comme il peut se poser un certain nombre de questions de détail sur la portée de ce principe et sur ses différentes applications, nous allons passer en revue les difficultés principales et donner les règles générales de solution.

337. — Voirie. — Les routes nationales, les rues des villages qui leur font suite, les routes départementales, les chemins vicinaux classés, les rues formant le pro-

(1) Il est d'autant moins impossible de supposer que le législateur ait commis une omission et d'admettre que l'art. 538 ait pu comprendre la généralité des constructions affectées à un service public, qu'on a cru devoir spécialement parler des forteresses, article 540. Cet article eût été évidemment inutile car il y avait un « a fortiori » pour les forteresses (V. Ducroq II, n° 923).

longement de ces voies, les rues, ruelles, impasses, places publiques des villes, bourgs et villages, en vertu du principe posé par l'art. 538 et proclamé par un certain nombre de lois particulières ; les chemins de fer de toute nature, même ceux d'intérêt local, et les tramways (L. 11 juin 1880), même les chemins de fer industriels (1), en général tout le système de la voirie publique fait partie du domaine imprescriptible et ne peut donner lieu aux actions Possessoires.

Pour les chemins ruraux, il y avait autrefois des controverses. Mais la loi du 20 août 1881 les a tranchées. Aujourd'hui, ils sont présumés appartenir à la commune ; leur affectation peut s'établir par la destination du chemin et des actes réitérés de voirie. Mais pour devenir imprescriptibles, il faut qu'ils aient été reconnus par arrêté. Et s'il n'y a pas expropriation, ils sont assimilés aux chemins vicinaux. On peut opposer à l'arrêté, s'il n'a été pris depuis un an, une Possession annale et le faire tomber entièrement ou partiellement.

Il ne faut pas, d'ailleurs, confondre les chemins ruraux et les chemins d'exploitation ou sentes de voisiné (2). Ces chemins sont, comme les cours communes, soumis à la co-propriété des riverains. Ils sont, sans difficulté, susceptibles de Possession, suivant leur nature. Et celui qui y prétend droit doit invoquer la Possession à titre de co-propriété et non de servitude, sans quoi il devrait produire un titre (art. 691). Les chemins d'exploitation sont présumés existants en vertu d'une convention tacite des propriétaires rive-

(1) C'est là un point controversé. Néanmoins, il paraît préférable de les classer dans le domaine public. En effet, quant à la concession (L. 27 juillet 1870), ses conditions, sa durée, et l'exercice du droit d'expropriation, ces chemins sont soumis au même régime que les chemins de fer d'intérêt général, au régime de la grande voirie et à l'application de la loi du 15 juillet 1845. Du reste, l'acte de concession contient toujours une clause réservant à l'Etat le droit d'imposer le service des voyageurs et des marchandises.

(2) Art. 33 de la loi du 10 août 1881. — Les chemins ou sentiers d'exploitation sont ceux qui servent exclusivement à la communication entre divers héritages ou à leur exploitation. Ils sont, en l'absence de titres, présumés appartenir aux propriétaires riverains, chacun en droit, soi ; mais l'usage en est commun entre tous les intéressés. L'usage de ces chemins peut être interdit au public.

rains (V. art. 33 cité plus haut). Le seul fait du voisinage suffit donc pour y donner droit, même au Possessoire sans autre preuve, car les communistes n'ont pu posséder utilement en sens contraire ; pour un propriétaire non riverain, il pourra très bien en acquérir la co-Possession par une Possession qualifiée. D'ailleurs, il peut résulter de titres formels qu'un chemin d'exploitation forme une Possession privative en faveur d'une seule personne ou de plusieurs seulement parmi celles qui s'en servent. Dans ce cas, les faits de passage des autres sont entachés de tolérance et de précarité. Le juge de paix est d'ailleurs parfaitement compétent pour se livrer à l'examen des titres et pour caractériser les divers faits de Possession respectivement produits (Cass. 24 avril 66, liv. 66-1-440). Remarquons, enfin, qu'un arrêt de la Cour de Poitiers (10 février 1853, D. 53-2-152) a décidé et fort justement, selon-nous, que l'on devait appliquer aux venelles et aux ruelles séparatives des habitations destinées à la culture, les mêmes principes que pour les chemins d'exploitation.

— A côté des chemins dont nous avons parlé il faut citer encore les marchepieds et chemins de halage. Ces derniers forment une classe à part, ce ne sont que des chemins de servitude et les droits de Possession privée restent intacts. Il ne subissent de restriction que dans la mesure et la mesure seule des intérêts de la navigation. Celui-là donc qui en a la Possession peut la protéger contre tout acte d'un tiers qui en voudrait user contrairement à la destination légale (Curasson, 621).

338. — L'imprescriptibilité des chemins publics s'applique en règle à l'accessoire comme au principal ; le dessus et le dessous, les fossés, les talus, tout ce qui constitue l'immeuble « cum omni causa » est régi par les mêmes principes. De même tout ce qui est édifié sur la voie publique et qui fait corps avec elle, notamment les fontaines et les becs de gaz. Par suite toute autorisation d'établir des tuyaux et conduites sous la voie est essentiellement révocable. Pour les plantations, s'il

s'agit de grande voirie, le décret du 16 déc. 1811, art. 86, décide que les arbres plantés au dedans des fossés et sur le terrain de la route sont la propriété et la Possession exclusive de l'Etat. S'il s'agit de plantations faites sur les chemins vicinaux, il y a controverse, les uns estiment que la Possession en est impossible (Merlin Rép. V. Arbres, Proudhon Dom. public. 497 et suiv.), les autres au contraire et la jurisprudence est en ce sens, décident qu'on peut posséder des plantations sur les chemins vicinaux dont le caractère n'est d'ailleurs pas contesté (Cass. 23 déc. 61, D. 62-1-129. 3 févr. 68, D. 68-1-121. 1er déc. 74, D. 75-1-323. — V. aussi A. et R. § 185, p. 124, note 15. Curasson) (1).

On peut aussi considérer comme accessoires de la voirie les ponts. L'art. 538 n'en fait pas mention. Mais la loi du 15 juillet 1845, art. 2 range les ponts dans la grande voirie au même titre que le chemin même. La loi du 11 Floréal an X, art. 11, décidait aussi que tous les ponts sur les fleuves, canaux de navigation, rivières navigables ou flottables faisaient partie du domaine public. Et le même principe doit être appliqué à tous les ponts qui font suite à un chemin public, dont ils sont vraiment une partie intégrante. (1) Il en serait ainsi, le pont fût-il en viaduc. Et il faut entendre le pont avec tous ses matériaux, ses contreforts et ses piles. Toutefois on peut se demander, si l'on suppose un chemin en viaduc, si l'on peut posséder le sol entre les piles, si d'autre part le domaine a un droit de circulation, un tour d'échelle en dehors des piles pour les réparer. Nous estimons d'une part qu'on peut fonder une Possession utile sur l'entre-deux des piles, car le sol n'est pas une dépendance nécessaire, indispensable à la destination publique du pont ou du viaduc. On pourra donc par exemple y faire pâturer. Et quant au droit

(1) « Quid » si l'Etat plante à une distance autre que la distance légale ; les riverains auront-ils l'action possessoire ? Oui en principe ; ce n'est pas un acte légalement posé. Mais la distance légale n'est pas celle de l'article 671 mais (arg. art. 649, 650) la distance spéciale prévue par les règlements particuliers (V. Wodon, 412).

(2) De même les ponts sur lesquels passeraient les chemins d'exploitations seraient soumis à la même co-propriété.

de passage pour les réparations, il est dû, car il s'agit d'une nécessité qui touche à la conservation du domaine public. On ne pourrait donc se plaindre si l'Etat faisait des réparations. Il n'y aurait pas trouble et la complainte ne serait pas recevable.

Pour les chemins de fer on doit entendre très largement les accessoires nécessaires. C'est ainsi que non-seulement les talus, les fossés, les ponts et les ouvrages d'art devront être considérés comme faisant partie du domaine public, mais encore les gares avec leurs cours et leurs avenues, les quais d'embarquement et de débarquement, les lignes principales et les lignes de garage, les magasins; en un mot toutes *les dépendances nécessaires de la voie ferrée*. Il faut ajouter que les terrains doivent avoir été acquis par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique; sinon se poserait la question souvent très délicate de décider si un terrain acquis à l'amiable par la compagnie concessionnaire, en raison d'un intérêt de convenance pourrait être considéré comme un accessoire essentiel du chemin de fer (1).

339. — Nous avons à examiner maintenant les difficultés qui peuvent se poser à l'occasion du classement, de l'élargissement ou du redressement des routes et chemins. Pour les routes nationales et départementales, tout se réglant par expropriation, il ne peut surgir de questions possessoires. De même pour les chemins de fer de quelque nature qu'ils soient. Il en est autrement pour les chemins vicinaux. Ces chemins se divisent en trois classes, les chemins vicinaux de grande communication, d'intérêt commun ou de moyenne communication, de petite communication ou ordinaires. Cette division n'a pas d'importance pour notre sujet. Il n'importe que ce soit le Conseil général ou la commission départementale qui aient pouvoir de classer, de redres-

(1) On peut ajouter que les compagnies concessionnaires peuvent agir au possessoire en leur propre nom, le droit d'exploitation qui leur est conféré et la responsabilité qui leur incombe, quant à la conservation de la voie ferrée et de ses dépendances, leur donne qualité suffisante. (Cass., 5 novembre 67. Sir. 67, 1, 417.)

ser ou d'élargir. Supposons que les chemins aient été classés conformément à la loi et demandons-nous quel sera l'effet de ce classement.

Il va sans difficulté qu'une instance possessoire introduite postérieurement au classement régulier est sinon irrecevable (Contra, Wodon, 401) au moins inopérante à faire obtenir la maintenue. Elle ne pourrait que faire reconnaître la Possession antérieure aux fins d'indemnité d'après un principe presque unanimement reconnu en doctrine et en jurisprudence.— Il en serait de même si le classement intervenait durant l'instance possessoire pendante.

Du reste il y a dans la loi de 1836 deux hypothèses bien distinctes. Dans un premier cas on reconnaît une vicinalité déjà existante, on en fixe précisément et nettement l'assiette et même on peut élargir. Il y a: 1° déclaration de vicinalité, 2° reconnaissance, 3° fixation de largeur. C'est là une opération sommaire par voie purement administrative et sans paiement préalable d'indemnité; elle ne constitue pas un trouble et la complainte n'est possible que du jour de l'arrêté préfectoral refusant d'accorder l'indemnité demandée.

Mais s'il s'agit d'ouverture ou de redressement (art. 16, loi de 1836) ou s'il y a lieu à emprise de terrains bâtis,dans toute hypothèse, la situation est toute autre. Il faut recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique et jusqu'au jour de l'expropriation, le possesseur a droit de se faire maintenir matériellement (V. Cons. d'Et. 19 mars 75. D. 76, 3, 6. V. Cass. 20 avril 68, D. 68, 4, 298. 12 août 73, D. 75, 1, 110. Cpr. Appleton, § 492. Wodon, 103, V. Curasson, 638. Contra Carou, 498).

Enfin le domaine public ne doit comprendre que ce qui est fixé expressément. On ne peut posséder aucune parcelle du chemin, mais on peut posséder tout ce qui est en dehors. Par suite si l'administration a pris davantage,s'est mise en possession effective d'une largeur supérieure à celle qui a été fixée,la complainte est recevable (Cass. 9 juin 45. S. 45, 1 741). Mais il peut y avoir une question préjudicielle si la portée de l'arrêté

de classement est contestée et dans ce cas le Juge de Paix ne saurait l'interpréter ; il devrait surseoir jusqu'à ce que la difficulté eût été tranchée par l'autorité administrative (Cons. d'Et. 24 mars 68. S. 69, 2, 94) (1).

340. — Pour en terminer avec les questions de voirie, il nous reste à décider comment les routes et chemins peuvent sortir du domaine public. Le déclassement et le délaissement peuvent être faits régulièrement par les voies administratives (art. 1, 2, 3, Loi 24 Mai 1842), et alors, sans difficulté, le sol des routes et chemins rentre dans le domaine privé, avec toutes les conséquences qui peuvent s'en suivre.

Mais, s'il y a simple abandon, simple non usage, cela peut-il suffire? Il y a controverse sur ce point. Les uns exigent une décision administrative expresse (V. surtout Dufour, 3, n° 1420) ; les autres estiment qu'un non usage constant suffit pour retirer le caractère de domanialité publique (Troplong, n° 163 ; Carou, 402). D'autres, enfin, décident que le non usage seul ne suffit pas absolument, mais qu'il faut considérer l'intention de l'administration, rechercher si elle a voulu ou non placer la chose dans son domaine privé, et, par exemple, le défaut absolu d'entretien pourra être considéré comme un indice faisant présumer l'abandon (2).

341. — Rivages de la mer, Lais et Relais (3). — C'est à tort que l'art. 538 range les lais et relais dans le domaine public comme le rivage même. Les lais et relais sont susceptibles de propriété privée. L'art.

(1) Pour les fossés, les clôtures, c'est une question controversée que de savoir s'ils font partie du chemin et s'ils sont imprescriptibles au même titre. Nous croyons qu'il faut distinguer entre les fossés qui sont incorporés au sol du chemin et les clôtures que nous assimilerons aux plantations. Ces dernières peuvent être susceptibles de Possession. D'autre part, pour les fossés même se posera la question de savoir s'ils sont ou non compris dans la largeur fixée par l'administration. S'ils ne sont pas pris sur cette largeur ils seront prescriptibles (V. Curasson, 636).

(2) Cpr. Bélime, 224.. Cass., 26 mai 1868 ; D. 68, 1, 256. Cet arrêt décide que les empiétements commis par les riverains ne suffiraient pas à eux seuls si le public a continué à user du passage (V. aussi Cass., 27 nov. 61, D., 62, 1, 34).

(3) L'art. 538 indique auparavant les fleuves et rivières navigables ou flottables. Nous préférons en parler au chapitre suivant pour donner une théorie générale de la jouissance des cours d'eau.

538 est contredit par la tradition ancienne qui les plaçait dans le petit domaine, par le Décret de la Convention du 11 Nivôse an II, maintenant les concessionnaires et fermiers dans leur ancienne jouissance, enfin l'aliénabilité des lais et relais a été formellement consacrée par l'art. 41 de la loi du 16 septembre 1807 (1).

C'est que les lais ne sont pas les rivages que le flot recouvre périodiquement, ce sont plus spécialement les alluvions qui se forment sur les propriétés riveraines ; pour les relais ce sont les terrains que la mer abandonne en se retirant définitivement.

Mais où commence le rivage, où finit la propriété privée, où finit le lai ou relai? Le Décret du 21 févr. 52 décide que les limites en sont fixées par un décret de délimitation. Mais en conférant au chef de l'Etat le droit de délimitation, il faut observer que c'est le fait matériel que ce décret lui donne mission de constater. Tout acte donc qui prétendrait arbitrairement comprendre dans le rivage de la mer des terrains qui n'en présenteraient pas les caractères naturels devrait être annulé pour excès de pouvoir.

Mais sauf le recours administratif, le décret de délimitation du rivage dépossède le riverain. Et d'ailleurs le Trib. des Conflits admet qu'on peut se retirer au civil pour obtenir indemnité (V. deux arrêts du 11 janvier et 1er mars 73, cité par Ducroq, n° 967). Il y aura donc pour le possesseur lieu à complainte dans les conditions analogues à celles que nous avons indiquées plus haut pour les chemins vicinaux (n° 337).

Pour les digues de défense et d'utilité publique (Art. 1er, loi 29 Floréal an X et art. 27 de la loi du 16 sept. 1807), elles font aussi partie du domaine public et ne peuvent faire l'objet d'une action en complainte.

Avant toute concession et même avant toute délimitation, les lais et relais font partie du domaine privé et peuvent par suite être l'objet d'une Possession utile (Demol., 9-458 ; Daviel, 165-166 ; A. et R., § 170, texte et note 5. — Cass., 67 ; Dall., 67. 1-449 et

(1) V. A. et R., § 185, p. 124. note 11.

la note. — Contra Wodon, n° 428). Mais il ne faut pas les confondre avec les terrains qui pourront être appropriés par endigage. Il faut évidemment une concession de l'Etat pour autoriser une pareille mainmise sur ce qui est le rivage et fait partie du domaine public. Mais si la concession est intervenue, le rivage ainsi visé peut-il être considéré comme susceptible de possession? On peut dire pour la négative que l'existence même de l'immeuble à posséder est subordonnée par la nature des choses au succès des travaux de défense et de conquête entrepris contre la mer. Mais nous déciderons néanmoins pour l'affirmative (Arg., loi 16 sept. 1807, art. 41).

342. — Les Ports, les Rades, les Havres sont aussi placés dans le domaine public par l'art. 538. En vertu des principes déjà posés, on doit décider que tous les ouvrages qui font partie des ports: quais, phares, fanaux, sémaphores, jetées et tous les ouvrages de défense contre la mer doivent être l'objet d'une même imprescriptibilité.

343. — Les fortifications et citadelles des places de guerre que l'art. 540 met dans le domaine public doivent être aussi entendues « cum omni causa, » et même on doit donner à cette disposition toute l'extension possible ; aussi les arsenaux, les remparts (Cass., Chambr. réunies, 3 mars 1828 ; D. 28. 1-157, 27 nov. 1835 ; D. 36. 1-66), et les casernes défensives doivent être couverts par la même imprescriptibilité (1).

344. — Eglises. — L'article 12 du Concordat et la loi du 18 Germinal an X (Articles organiques) sans classer expressément les églises dans le domaine public, les mettent cependant hors du commerce. Le décret du 5 mai 1806 soumet les temples protestants aux mêmes règles. On peut, du reste, poser en principe,

(1) Il existe d'ailleurs une vive controverse sur le point de savoir à quel moment les remparts sortent du domaine public. Les uns décident que les remparts sont prescriptibles quand il est prouvé en fait qu'ils ont été complètement abandonnés (Bélime, 238 ; Dalloz, Dom. public 44 et suiv.). Les arrêts ci-dessus au contraire décident qu'il faut de toute nécessité une décision ministérielle conformement à la loi du 12 juill. 1791, titre IV, art 2. En ce sens Curasson, n° 654.

que tout édifice affecté au culte public paroissial fait partie du domaine public (1) (V. Cass., 22 Juill. 74, D. 75, 1, 176). Ne jouissent pas du même privilège d'immunité, les églises qui ont cessé d'être consacrées au culte, les églises et chapelles des châteaux ou établissements particuliers (Cass., 11 Mars 69, D. 69, 1, 205). Le législateur français, en effet, ne reconnaît plus les « res sacræ » ou « religiosæ » du Droit romain. Il a été décidé, toutefois, qu'une chapelle attenant à l'église même, eût-elle été construite par un particulier, à ses frais et sur son propre terrain, est imprescriptible ; elle est devenue partie intégrante de l'église. Or, on peut dire que l'imprescriptibilité frappe toutes les parties de l'édifice. Ainsi, les murs, les piliers extérieurs, les contreforts ne peuvent être possédés (Agen, 2 Juill. 62; Sir., 62, 2, 510; Paris, 18 févr. 51 ; Sir., 51, 2, 81; Riom, 19 mai 54; Sir., 54, 2, 589). Mais aussi, ne frappe-t-elle exactement que ce qui en fait partie. L'impossibilité de posséder ne s'étend pas au terrain compris entre les contreforts ou piliers extérieurs (Cass., 7 nov. 60; D. 60, 1, 486), ni aux terrains entourant l'église, ni à la ruelle (2) ou passage d'accès (Arg. Cass., 10 Déc. 49; Sir., 50, 1, 253. — V. Ducroq, nos 1402 et suiv.).

A un autre point de vue, les églises sont imprescriptibles et insusceptibles de possession dans leurs parties comme dans leur ensemble. On ne peut posséder privativement une chapelle, ou un banc ni invoquer les droits de jouissance anciennement attachés à la qualité de fondateur et de patron (Cass., 22 Juill. 74, D. 75, 1, 176 : 20 Janv. 79; D. 79, 1, 152), sauf une seule excep-

(1) Même règle pour les synagogues (Curasson, 2, p. 79).

(2) Sans doute la dite ruelle, comme dépendance nécessaire d'accès, ne peut être possédée utilement, d'une façon absolue, mais les tiers peuvent très bien y avoir des jours, cela n'atteint pas la domanialité, qui doit être réduite strictement au droit de co-propriété, au passage accessoire nécessaire à l'église. Un arrêt d'Agen, 23 janv. 1860, Sir., 60, 2, 318, a décidé que l'imprescriptibilité conférait le tour d'échelle; mais cela ne peut vouloir dire qu'on n'aurait pas le droit de cultiver jusqu'au pied du mur d'enceinte de l'édifice (V. pourtant arg. d'anal. Avis, Cons. d'Et. 25 janv. 1807, qui dit que lorsqu'on supprime un ancien cimetière qui entourait l'église, la Fabrique a droit de réclamer un chemin de ronde autour de cette église).

tion. Un décret sur les Fabriques des églises, du 30 décembre 1809, article 72, décide « que celui qui aurait entièrement bâti une église pourra retenir *la propriété* d'un banc ou d'une chapelle pour lui et sa famille tant qu'elle existera ». Dans ce cas, la Complainte est possible (1).

Pour les palais épiscopaux, on les place ou non dans le domaine public selon qu'on tranche dans un sens ou dans l'autre la controverse que nous avons indiquée pour le domaine monumental.

Nous estimons que, pas plus que les presbytères, ils ne font partie du domaine public (Gaudry, Dom. III, n° 631 ; — Wodon, 451 ; — Ducroq, n° 1417).

345. — Pour les cimetières, enfin, ils sont dans le domaine public, sauf les cimetières privés établis en vertu de l'art. 14 du décret du 23 prairial an XII. Et, du reste, il ne peut se poser que peu de questions Possessoires pour les cimetières, excepté pour la Possession du mur d'enceinte. Ils doivent être, en effet, établis à une distance légale des habitations, 35 à 40 mètres, et les propriétés voisines se trouvent grevées de deux servitudes : l'une pèse sur les terrains non bâtis, l'autre sur les constructions ; elles ont pour effet d'empêcher toute modification à l'état des immeubles qui se trouvent dans le périmètre (V. décret de l'an XII « supra »). Ces règles ne sont pas applicables, d'ailleurs, aux anciens cimetières qui se trouvent encore dans l'enceinte des villes, bourgs et communes.

Les murs des cimetières sont-ils susceptibles de Possession ? On peut remarquer, d'une part, qu'aucun texte ne leur applique le caractère d'imprescriptibilité, et que les principes posés par l'art. 538 ne sauraient trouver ici leur application. Nous estimons donc, mais avec cette restriction nécessaire que la Possession ne peut s'exercer que sous réserve du droit de police et

(1) D'après une Ordonnance de 1824 et une autre de 1834, il peut y avoir concession semblable pour les bienfaiteurs, avec l'approbation de l'évêque et du ministre des cultes. Il y a controverse sur la portée de cette disposition. V. L'arrêt du 20 janv. 79 cité plus haut. — V. aussi Wodon, 430, et les autorités pour et contre.

de surveillance que l'art. 16 du Décret du 23 Prairial an XII confère à l'administration, que l'on peut posséder utilement un droit sur les murs des cimetières (Contra : Leligois, V. Cimetières, n° 5; V. aussi Cass. 24 août 64, D. 64-1-336).

D'autre part, il nous paraît certain que, puisque les fabriques perçoivent les produits spontanés des cimetières, un arbre poussé librement, par exemple, pourrait être possédé, notamment par un concessionnaire voisin. — Enfin, il nous paraît aussi évident que, pour une commune, il peut y avoir lieu à une action Possessoire pour trouble causé par une autre commune qui y aurait fait inhumer un mort (V. Leligois, V° Cimetières, n° 5; Contra : Cass. 10 janv. 44; D. 44-1-52).

Nous ajouterons, en ce qui concerne les concessions perpétuelles dans les cimetières, qu'on doit décider qu'elles constituent un droit réel qui peut très bien être défendu par l'action Possessoire. C'est ce que nous avons déjà virtuellement indiqué en parlant de l'effet des concessions administratives (En ce sens Ducroq, 1419; Ducroq, Edifices, n° 93; Leligois, V° Cimetières, 4. — Angers, 5 mai 69, D. 69-2-198; V. Cons. d'Et. 19 mars 63; Rec. Lebon 1863, p. 266, et les conclusions du Commissaire du gouvernement). Et, bien entendu, l'action résultant d'une pareille concession ne peut avoir pour conséquence de faire tomber ce que la commune aura fait pour assurer la salubrité et la libre circulation en vertu de ses pouvoirs de police.

CHAPITRE VIII

DE L'OBJET DES ACTIONS POSSESSOIRES (Suite)

Eaux, Cours d'eau, Usages des eaux

346. Possession des sources. — 347. Sources qui fournissent aux habitants d'une commune ou d'un hameau l'eau qui leur est nécessaire. — 348. Eaux pluviales. — 349. Rivières navigables et flottables. — 350. Canaux de navigation. — 351. Rivières qui ne sont ni navigables ni flottables. Du lit de ces rivières. Les ruisseaux ne forment pas une catégorie à part. — 352. Droits d'usage des riverains sur les eaux. — 353. Effets des concessions administratives. — 354. Biefs ou canaux des usines, moulins ou établissements industriels. — 355. Des francs-bords de ces biefs et canaux.

346. — L'application des Actions Possessoires au régime des eaux soulève de nombreuses et de difficiles questions. Nous indiquerons rapidement les principales difficultés à propos des sources, des eaux pluviales, des rivières navigables et flottables, et des rivières non navigables ni flottables, et des différentes espèces de canaux.

Sources. — Les sources appartiennent au propriétaire (1) du fond (art. 641) où elles jaillissent naturellement ou artificiellement (arg. de l'art. 552). Qui possède le fonds possède, par suite, la source, et toute entreprise sur cette source même, toute saignée ou dérivation donne ouverture à l'Action Possessoire.

Mais la faculté de faire des fouilles est imprescriptible et il n'y a pas trouble quand, par l'effet de ces fouilles, la source, dont le voisin avait la possession annale, se trouve coupée. On peut toutefois renoncer à cette faculté, formellement ou indirectement, par l'établissement d'une servitude à laquelle ces fouilles pourraient porter atteinte (A. et R. III, p. 34, note 4). Il en est de même à l'inverse du droit de capter la source totalement ou en partie (V. Curasson, II, p. 325 et la note).

La situation légale résultant de l'art. 641 peut être

(1) Il y a des règles spéciales pour les sources d'eaux minérales et leur périmètre (V. Demol., tom 1. 102, 103, Serv. et L. 14 juill. 1856, art. 3, L. 12 février 83).

modifiée par titre, convention ou prescription. Et au point de vue spécial de notre étude, il est certain que la concession d'une prise d'eau sur la source pourra constituer un droit réel susceptible d'action possessoire. On s'est demandé, toutefois, si le droit du propriétaire était limité à son propre fonds; s'il ne pouvait, au contraire, disposer, au dehors comme au dedans, en faveur de tiers contigus ou non contigus (V. pour l'affirmative A. et R., § 244, texte et note 7 et autor. citées; Contra : Demolombe, 11, n° 64). Nous croyons que l'opinion de MM A. et R. est préférable; il est évident que le propriétaire avait le droit de capter la source à sa naissance; par suite, l'interposition d'un fonds qui ne lui appartient pas ne l'empêchera pas de retenir la source dans le second fonds, dont il est propriétaire. Le Possesseur du fonds inférieur ne peut se dire troublé, car on ne peut scinder, en quelque sorte, la personnalité du propriétaire des deux fonds supérieurs séparés.

Mais entre propriétaires de fonds où ne naît pas la source, si près qu'on soit encore de l'endroit où elle a jailli, l'art. 641 ne peut être invoqué; il s'agit pour eux d'une eau courante ordinaire.

En dehors du titre ou de la destination du père de famille qui doit être assimilée au titre (Cass. 22 août 59, D. 60-1-221), le propriétaire inférieur ne peut acquérir de possession utile qu'après avoir fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété (art. 642).

Il existe une vive controverse sur les conditions que doivent remplir les ouvrages apparents dont parle l'art. 642. Suffit-il qu'ils soient sur le fonds du Possesseur? Faut-il, de toute nécessité, qu'au moins ils mordent sur le fonds du propriétaire de la source (V., dans le premier sens, A. et R., § 244, texte et note 17, et autorités pour et contre). Nous nous rangeons à la seconde opinion, qui est celle de M. Demolombe (11, 79, 80. — V. aussi Curasson, 672; Daviel, 775) et qui prédomine en jurisprudence (V. Cass. 23 janv. 67,

D. 67-1-159; Dijon, 5 avril 71; D. 73-2-183; V. aussi 3 mai 80, D. 81-1-76).

Et, d'ailleurs, il appartient au juge de paix d'apprécier si les travaux remplissent le vœu de la loi (1).

347. — Le droit absolu du propriétaire du fonds sur la source comporte une restriction spéciale, édictée par l'article 643 : « Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire ».

C'est là une sorte de servitude légale, ou de droit de voisinage (Appleton, § 433; A. et R., § 185, note 26). Et, d'ailleurs, les habitants peuvent très bien invoquer de préférence l'article 642, s'ils se trouvent dans les conditions exigées. Les habitants troublés dans la jouissance prévue par l'article 643, ont droit à la Complainte; il n'est pas besoin qu'ils aient fait de travaux quelconques pour recevoir l'eau de la source, mais il faut, à défaut de convention ou de jugement, une Possession annale (V. Cass., 15 Janv. 49; 1, 330. V. cep. Appleton, § 433.

Le juge de paix devant lequel une commune agit en Complainte, en vertu d'une Possession annale (2) doit considérer si cette commune remplit les conditions de l'article 643, sans quoi la Possession de cette commune serait précaire; il est incompétent pour statuer sur l'indemnité à laquelle le propriétaire pourrait avoir droit. Il doit reconnaître si la communauté qui agit en Complainte forme bien une agglomération suffisante pour constituer au moins un hameau; il doit vérifier la question de nécessité des eaux. Il doit aussi, si l'usage est abu-

(1) Les ouvrages peuvent être établis utilement sur le fonds commun. — C'est, d'ailleurs, au propriétaire inférieur, a-t-on dit, de prouver que les ouvrages ont été faits par lui ou ses auteurs dans leur intérêt. L'entretien des travaux depuis un an ne suffirait pas (V. Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, II, p. 326, note a). Cette opinion ne nous paraît pas absolument exacte. Il suffit d'une Possession caractérisée; la question d'origine ne doit pas se poser. Est présumé possesseur celui qui a fait des actes de possession exclusifs et suffisamment énergiques. La prescription de l'art. 642 repose, en effet, à bien analyser les choses, sur une présomption de renonciation au droit découlant de l'art. 641.

(2) Et il faut que cette Possession ait été exercée par les habitants « ut universi » et non par certains d'entre eux « ut singuli ».

sivement étendu, si, par exemple, les ayants-droit à la source en usent comme d'un droit d'abreuvoir, admettre la Complainte du propriétaire et déclarer cette Possession précaire « in parte qua », en tant qu'elle excède les termes de l'article 643, qui doivent être entendus de la façon la plus restrictive (Cass., 14 févr. 72, D. 72, 1, 250; Dijon, 5 avril 71 ; D. 73, 2, 183). Et, par suite, contrairement à l'opinion de Proudhon (Dom., publ., 4, 1381), on doit décider que les habitants n'ont pas le droit d'invoquer l'article 643 pour réclamer un passage jusqu'à la source ; que la possession qu'ils auraient d'un tel passage sans titre serait éminemment précaire et que le propriétaire pourrait, quand il le voudrait, leur interdire l'accès de sa propriété (V. arrêt de Dijon cité plus haut; Cass., 5 Juill. 64, D. 64, 1, 280; Demol., n° 96). Le droit accordé par l'article 643 étant une exception dérogatoire au droit absolu de propriété, ne saurait être invoqué que dans la lettre de son texte.

348. — Le Code ne s'occupe pas des eaux pluviales; on en distingue, dans la doctrine, deux sortes: 1° Les eaux pluviales qui tombent sur la voie publique ; 2° les eaux pluviales qui tombent sur un terrain privé et on lit chez les auteurs les plus considérables que les premières sont des « res nullius » appartenant au premier occupant (Demol., 11, 115-116; A. et R., § 185, p. 135, texte et note 57). Cette opinion ne nous paraît pas admissible, et il est incontestable que l'Etat, le département, la commune ont sur ces eaux exactement les mêmes droits que les particuliers peuvent avoir sur les eaux qui tombent sur leur propre fonds (Pardessus, 69; Daviel, 802; Appleton, 435). Ainsi il nous paraît évident que la commune peut les recueillir sur les chemins vicinaux pour les conduire sur son domaine privé, les réunir dans une citerne, qu'elle peut enfin les concéder. — Et l'exercice de son droit sur les eaux pluviales est pour la commune une pure faculté, son abstention ne saurait donner aucun droit aux riverains, quels que fussent les travaux que ces riverains auraient pu faire, pour recevoir les eaux venant de la

voie publique, et quand même ces travaux seraient dans les termes de l'article 642; car toute main-mise sur la voie publique est délictueuse et ne saurait fonder de possession utile.

Si la commune abandonne les eaux pluviales, elles peuvent être captées par chaque riverain à leur passage devant son fonds. C'est, pour ce riverain, une faculté dont il peut commencer à user quand bon lui semble, sans que le riverain inférieur, eût-il fait des travaux dans les conditions mêmes de l'art. 642 puisse se considérer comme troublé (V. A. et R., loc. texte et note 57). Et, d'ailleurs, les riverains peuvent modifier cette situation par des conventions, qui font la loi des parties contractantes seulement sans pouvoir être opposées aux tiers. Dans ce cas, les riverains supérieurs peuvent être utilement poursuivis par la Complainte s'ils interceptent les eaux pluviales, au mépris de la convention (Cass., 11 juill. 59; Sir., 60; 1,355; 16 Janv. 65, S. 65, 1, 132; 21 mars 76, S. 76, 1, 359. — A. et R. loc. cit., note 60; Appleton, 435).

Les eaux pluviales reçues sur un fonds privé ou qui y ont été amenées de la voie publique deviennent la propriété exclusive du maître de ce fonds. Et la doctrine et la jurisprudence les assimilent alors aux eaux de source. Il s'en suit que le propriétaire inférieur peut acquérir une Possession utile par des travaux apparents dans les conditions de l'art. 642 et nous nous contenterons à ce sujet de renvoyer à nos précédentes explications (1) (V. A. et R. loc. cit., texte et note 59. Demol. 11, 117. Cass. 12 mai 58, D. 58-1-449. Colmar, 28 mars 69, D. 71-2-111).

349. — Nous arrivons aux cours d'eaux et eaux courantes. Il y a deux divisions principales des cours d'eaux. Dans une première catégorie sont les rivières navigables et flottables, (auxquelles ont doit assimiler les canaux de navigation) (V. A. et R. au § 185, texte et note 51), dans une seconde, les rivières non navi-

(1) Cependant d'après M. Demolombe l'art. 643 leur est inapplicable parce qu'il est exorbitant du droit commun.

gables ni flottables (et les canaux des usines, moulins et les canaux d'irrigation).

Nous parlerons d'abord des rivières navigables et flottables. Elles font partie du domaine public. On n'est pas d'accord d'ailleurs sur le point de savoir quand une rivière doit être considérée comme navigable et flottable ; les uns comme Curasson (617), Pardessus, 35, Demolombe, exigent une déclaration de l'administration, d'autres au contraire s'en tiennent au fait même en vertu de ce principe que l'Etat reconnaît la domanialité publique, mais ne la crée pas (Proudhon, 3, 1019, Daviel, 35. Ducroq, 935.

Aucune Possession utile ne saurait se fonder sur les rivières navigables ou flottables à l'encontre de l'Etat ; nul ne peut y faire de prises d'eau, y établir des moulins ou des usines,en extraire du sable ou des pierres sans autorisation (1). (Arrêté du 19 Ventose an 6).

Mais du reste en vertu des principes posés (n° 220) la concession (2) ou la simple tolérance suffit à fonder une Possession opposable à tous autres que l'Etat (A. et R. § 185, texte et note 43. Contra, Bourbeau, n° 368).

Que doit comprendre la rivière navigable ou flottable? le lit, c'est-à-dire l'espace occupé par les eaux à leur plus grande hauteur sans inondation. Il suit de là que l'arrêté de délimitation pris par le Préfet en conséquence de la déclaration de navigabilité ne doit comprendre que le lit, sinon il est entaché d'excès de pouvoir. Mais il existait une divergence entre le conseil d'Etat et la cour de cassation sur le point de savoir si le riverain n'avait pas le droit de se pourvoir devant l'autorité judiciaire, non pour faire tomber l'arrêté de délimitation, mais pour faire reconnaître sa propriété et les anciennes limites naturelles du cours d'eau, aux

(1) Sauf l'hypothèse où le droit de prise d'eau est exercé en vertu de titres antérieurs à l'Edit de 1566 ou à la déclaration de navigabilité. (V. Cass. 17 août 57. Annal. J. Paix, 58, 24.

(2) Entre concessionnaire et pour des intérêts privés tant qu'il n'y a pas lieu à interpréter les actes administratifs, le juge de paix est aussi compétent (Curasson, 619).

fins seulement d'indemnité. Le tribunal des conflits a décidé en dernière analyse qu'en outre du recours au conseil d'Etat pour excès de pouvoir, il y avait lieu à une action pour simple constatation de la propriété ou de la Possession, aux fins d'indemnité dans le cas où l'administration maintiendrait une délimitation contraire aux prétentions des riverains (1) (Trib. des conflits, 11 janv. et 1er mars 73, D. 73-3-65. Ducroq, 963-969).

Et du reste l'impossibilité de posséder les rivières navigables et flottables s'applique aux digues ou levées naturelles ou artificielles qui en sont les dépendances et accessoires (Cass. 26 nov. 49, D. 50-1-59) et elles ne peuvent faire l'objet d'une complainte.

On peut aussi considérer comme des dépendances des rivières navigables et flottables, les servitudes de passage, le chemin de halage et de marchepied dont nous avons déjà parlé.

350. — Les canaux de navigation avec tous leurs accessoires, francs bords, plates-formes, digues, contre forts et même les maisons des éclusiers, si elles sont construites sur une dépendance du canal, font partie du domaine public (2). Et d'ailleurs les canaux n'ont pas de chemin de halage et de marchepied, la loi n'en prévoit pas. — Les concessionnaires des canaux ont, en général, qualité pour intenter les actions possessoires et pour y défendre.

Mais il existe des canaux, comme le canal du Midi, qui sont concédés à perpétuité. Il y a controverse sur le point de savoir si de tels canaux font partie du domaine public. La jurisprudence et les auteurs les plus récents décident que l'Etat n'a sur eux que son droit de police et de surveillance dans l'intérêt de la navigation. Par suite, la Compagnie concessionnaire

(1) D'après l'art. 560 les îles, îlots, atterrissements qui se forment dans le lit des rivières navigables ou flottables appartiennent à l'Etat sauf titre ou *prescription*. Ils sont par suite susceptibles d'action possessoire (Demol., 10, 123).

Les alluvions et relais même des rivières N. et F. appartiennent aux riverains (Demol., 10, 69).

(2) Plocque, Législ. des Eaux, II, 75-79 ; Wodon, n° 424.

peut, comme un propriétaire ordinaire, concéder des droits d'usage et des servitudes ; ces servitudes et ces droits sont susceptibles de possession et peuvent être défendus par des actions possessoires (Cass. 11 nov. 67 ; S. 68,, 1, 171 ; Cons. d'Et., 21 juill. 70 ; Sir. 72, 2, 288 ; Leroux de Bretagne, 169, 170. — Contra, A. et R., § 169, notes 11 à 14).

351. — Rivières non navigables ni flottables. — Deux controverses dominent cette matière : la première a trait à la propriété du lit des rivières non navigables ni flottables ; la seconde, à la distinction entre les rivières non navigables ni flottables et les ruisseaux, qui seraient seuls susceptibles de propriété privée. Nous n'entrerons pas dans le détail de ces discussions : sur le premier point, nous déciderons avec MM. Demolombe, Aubry et Rau et la jurisprudence, que le lit est une chose commune, une dépendance du cours d'eau, qu'il ne pourra, tant qu'il sera inséparable de ce cours d'eau, être ni possédé ni prescrit. Si le lit se dessèche, si même le cours d'eau est détourné dans un fossé, le lit entre dans le domaine privé de l'Etat avec toutes les conséquences qui en découlent. Mais il peut pousser dans la rivière des herbes, des ajoncs, des arbres même et ces produits sont susceptibles de propriété et de possession privée, sauf le droit de l'administration d'ordonner le curage ou l'enlèvement en vertu de son droit de police (Demol., loc. cit., n° 152). Il suit aussi du caractère que nous reconnaissons au lit des rivières qu'on n'est tenu de bâtir ni de planter à distance légale des rives si d'ailleurs le lit n'est pas trop étroit pour qu'il y ait distance suffisante à l'encontre du fonds de l'autre bordier ; qu'on peut sous les mêmes conditions avoir des saillies et balcons sur la rivière. Et du reste les riverains ne peuvent empêcher qu'on n'use du cours d'eau comme voie de circulation (Demol., n° 147 ; Cass. 8 mars 65 ; D. 65, 1, 130 ; Contra Daniel, 551).

Le lit des rivières non navigables ni flottables s'étend jusqu'au niveau des grandes crues sans inondation. Les îles et attérissements sont attribués aux riverains

(art. 561). Mais on n'est pas d'accord si pour agir en complainte à propos de ces îles et attérissements il faut ou non une possession annale. D'après Garnier, Carou, n° 385 ; Bélime, n° 350, on a la complainte lors même que l'île ou l'attérissement existent depuis moins d'un an. Mais cette opinion doit être rejetée ; l'île n'est pas l'accessoire indivisible du fonds. Il fallait un texte exprès pour en attribuer la propriété ; par suite pour en acquérir la possesssion en l'absence de texte il faut une occupation effective pendant un an (V. Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, II, p. 228, note *a* ; Cass. 2 févr. 72 ; D. 72, 1, 131).

D'autre part il n'existe pas de distinction malgré l'opinion de M. Demol. 10, 142 et les traditions historiques qu'il invoque entre les rivières ordinaires et les ruisseaux. La loi ne l'a pas faite et la jurisprudence tend de plus en plus à repousser cette théorie (V. Cass. 8 mars 65 ; D. 65, 1, 130 ; Rouen, 3 janv. 66 ; Sir. 66,2, 159 ; Nîmes, 16 mai 70 ; D. 73, 1, 85).

Il n'y a donc pas de propriété privée pour les ruisseaux et leur lit ; il n'y a qu'une seule catégorie de rivières non navigables ni flottables et toutes sont soumises aux mêmes règles.

352. — Ceci posé, on s'accorde à reconnaître que les riverains profitent en principe des émoluments des cours d'eau, et qu'ils ont la complainte au cas de trouble apporté à la jouissance de ces émoluments (Curasson, 627). Ils ont aussi, d'après l'article 644, un droit d'usage sur les eaux ; or, ce droit est immobilier et susceptible de Possession comme tous les autres immeubles (A. et R., loc. cit. p. 133). Il y a donc lieu à complainte et maintenue au cas où l'on en a la Possession annale (Cass., 28 janv. 79. S. 80. 1-24 ; 14 mars 82 ; Sir. 83. 1-51).

Mais la jurisprudence, à propos de la Possession de l'usage des eaux, reconnaît deux sortes d'actions possessoires, l'action possessoire ordinaire et l'action spéciale de la loi du 25 mai 1838 pour entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau servant à l'irrigation et au mouvement des usines et moulins sans

préjudice des attributions de l'autorité administrative (V. Cass. 19 nov. 66. D. 67, 1, 179. D'après cet arrêt, au cas *d'entreprise* il n'est pas besoin de prouver la possession annale, une telle offre de preuve serait surabondante et ne pourrait faire dégénérer l'action en complainte. — Mais il faut restreindre cette petite réintégrande « in terminis » le texte ne parle que de l'irrigation et de la force motrice, tout autre cas rentrerait dans les règles ordinaires, par exemple le trouble à la prise d'eau d'un lavoir.

Nous n'avons pas d'ailleurs à entrer dans des explications spéciales à propos de l'art. 644 et de la jouissance des riverains en présence de la jurisprudence bien établie qui décide que toute innovation dommageable ou non à l'état des possessions annales donne lieu à la complainte (V. Cass. 7 avril 80. D. 80, 1,232, 6 mars 82, D. 83,1,104 — 25 juillet 88, Pand. fr. pér. 88,1,516. A et R. loc. cit. p. 133, note 52 p. 157, note 39 (Contra Wodon 613. Cpr. Demol. loc. cit. 184).

En raison de cette jurisprudence la tâche du juge de paix se réduit à la constatation de l'état de fait des jouissances pendant l'année qui a précédé la complainte. Et du reste il est absolument incompétent pour donner un règlement d'eaux.

353 — Quant aux concessions administratives, qu'il ne faut pas confondre avec les règlements généraux et collectifs résultant du droit de police et qui sont sans recours(1), quant aux concessions de prises d'eau pour les irrigations, pour le mouvement des usines (2) quel en est l'effet vis-à-vis des tiers ? Certains auteurs prétendent qu'elles n'en peuvent avoir aucun (Delalleau, Expropr.

(1) La violation de ces règlements donne naissance à une possession délictueuse qui par suite ne peut être qualifiée.

(2) En dehors des émoluments du cours d'eau, qui comprennent notamment le droit de pêche, le droit d'enlever les herbes et les roseaux, en dehors aussi de l'usage des eaux, il faut distinguer la *force motrice*, qui n'appartient pas aux riverains et que l'Etat peut concéder. C'est, du reste, un point controversé que celui de décider si les riverains peuvent fonder une Possession annale utile sur des travaux entrepris sans autorisation, dans le cas où cette autorisation est nécessaire, et si l'on peut, sans autorisation, posséder utilement un barrage ou une usine. Nous estimons, avec MM. Aubry et Rau (§ 185, texte et note 56) qu'on doit acquérir une possession utile dans ces hypothèses et autres semblables.

1,288 et 241. Troplong, 135, 146 Wodon III p. 88. Le décret de décentralisation du 25 mars 52, Art. 3 et D. nos 2 et 3, peut paraître opposé à cette manière de voir.

Néanmoins elle tend à triompher en doctrine et en jurisprudence. On décide généralement que si les travaux ont été autorisés en l'absence de tout règlement général, et qu'ils lèsent les droits des riverains sans être couverts par l'annalité, on peut non seulement obtenir des dommages-intérêts mais la destruction même de ces travaux (V. Wodon, n° 597. — Trib. conflits, 26 déc. 74. D. 75. 3. 82. Cass. 19 janv. 75. D. 75. 1. 377. V. Demol. n° 173. Vauloup. Thèse, p. 124 et suiv.

354. — Nous dirons enfin quelques mots des Biefs ou Canaux des Usines et moulins ou Etablissements industriels. C'est une question controversée que de décider si l'usinier a un droit de propriété ou une servitude d'aqueduc. L'importance pratique de la question est considérable. Si l'usinier a une servitude, aucun des riverains ne pourra faire de prise d'eau, ni gêner le courant ou diminuer le volume d'eau et les riverains devront le passage pour l'entretien et le curage ; mais ils pourront pêcher, planter sur les berges, recueillir les joncs, les roseaux, les herbes, faire en un mot tout ce qui n'est pas incompatible avec la servitude. — Si l'usinier est propriétaire, ils n'auront aucune espèce de droit, pas même celui de se servir des eaux pour les besoins domestiques. M. Demolombe soutient, (n° 130-136) qu'on ne peut admettre la présomption légale qui attribue la propriété du canal au propriétaire. MM. Aubry et Rau, (§ 192, texte et note 8), décident au contraire qu'il y a présomption légale de propriété. Pardessus I, 111 n'y voit qu'une simple présomption de fait. Cette dernière opinion nous paraît préférable ; il est certain que le canal est susceptible de prescription acquisitive et de Possession exclusive sinon de co-propriété. Mais il faut remarquer d'une part que l'usinier en conserve la Possession par la seule Possession de l'usine ; et qu'il faudrait d'autre part une mainmise exclusive et privative d'un tiers pour faire tomber cette présomption (V. Cass. 4

févr. 73. D. 74. 1. 122. 9 juin 73. D. 74. 5. 12. 18 mai 74. D. 76. 1. 77.) D'autre part, il nous paraît indiscutable qu'on peut posséder utilement une prise d'eau ou un arbre excru dans le lit; quant au droit de couper les herbes, au droit de pêche, on ne saurait les prescrire, parce que ce sont des servitudes discontinues et non apparentes (V. arrêt du 9 juin 73, cité plus haut. V. Vauloup. p. 127).

355. — Il y a controverse aussi pour les francs-bords (Aubry et Rau, loc. cit. notes 9 et 10. Nous admettons pour notre part la même présomption que pour le canal même. Les francs-bords (1) étant l'accessoire de ce canal, doivent être soumis aux mêmes règles. Une simple Possession annale exclusive permettra donc de posséder les francs-bords contre l'usinier. MM. Aubry et Rau admettent que dans ce cas, on devrait néanmoins admettre en faveur du propriétaire de l'usine le droit de circuler sur les bords du canal pour en surveiller l'entretien, en opérer le curage et même le droit d'y déposer les terres jectisses (2). Cette opinion nous paraît raisonnable. En effet, on peut dire que le propriétaire de l'usine, du moment qu'il a conservé la Possession du canal est censé s'être réservé au moins ce passage qui en est le seul accessoire indispensable.

(1) Les francs bords des fossés et les répares des haies sont soumis à des principes analogues. En Normandie notamment l'arrêt de règlement du 17 août 1751, art. 10 et 13 a fixé les conditions de ces répares et francs bords (V. A. et R. loc. cit. note 15. Demolombe, 11, 464, Caen, 14 juillet 1825. Sir. 26, 2, 29 et spécialement Léon de Villade : Coutumes de Normandie réglementées par l'Edit de 1751, p. 154 et suiv. 232 et suiv.

(2) Sauf d'ailleurs réparation du préjudice.

CHAPITRE IX

OBJET DE L'ACTION POSSESSOIRE (Suite)

Servitudes et Droits réels

N° 356. Complainte confessoire et complainte négatoire. — 357. Servitudes dérivant de la situation légale des lieux. — 358. Servitudes légales — 359. Vues et jours. — 360. Passage en cas d'enclave. — 361. Mitoyenneté. — 362. Servitudes conventionnelles. Servitudes continues et apparentes. — 363. Servitudes discontinues, apparentes et non apparentes. — 364. Du Titre. — 365. De qui le titre doit-il émaner ? — 366. La contradiction est insuffisante pour remplacer le titre. — 367. La délivrance ne peut suppléer au titre. — 368. « Quid » si le titre est argué de nullité ? — 369. Du titre recognitif. — 370. Possession au delà et en dehors du titre. — 371. Possession contre le titre. — 372. Du cas où la destination du père de famille vaut titre. — 373. Des servitudes négatives et affirmatives. — 374. Servitudes accessoires d'une servitude principale. — 375. Du trouble en matière de servitudes. — 376. Du trouble par omission. — 377. Du non usage. — 378. Servitudes personnelles. — 379. Droits réels et droits d'usage. Biens communaux. Usages dans les bois et forêts. — 380. Vaine pâture. — 381. Du droit propre de l'habitant sur le domaine public ou sur le domaine communal et des actions qui lui appartiennent « ut singulus ». — 382. Conclusion.

356. — Nous parlerons successivement dans ce chapitre des servitudes légales, des servitudes réelles, des servitudes personnelles et des différents droits d'usage.

Il est essentiel d'observer, avant toute explication particulière, qu'il y a en matière de servitudes deux actions Possessoires, que la jurisprudence a appelées la *Complainte confessoire* et la *Complainte négatoire*, par analogie avec les deux actions pétitoires qui concernent les servitudes. Par la complainte confessoire, celui qui veut continuer le libre exercice d'une servitude demande à être maintenu dans sa Possession. Par l'action négatoire, celui sur le fonds duquel on prétend exercer un acte de servitude demande que les actes qui constituent cet exercice soient prohibés. Très souvent, les deux actions sont concomitantes, l'une comme demande principale, l'autre comme demande reconventionnelle.

Et la distinction en est très importante au point de vue de la preuve. Dans l'action en complainte négatoire, comme tous les fonds sont présumés libres, il résulte de cette présomption légale que c'est à celui qui prétend un droit de servitude à en justifier, qu'il soit demandeur ou défendeur ; c'est là un principe applicable au possessoire comme au pétitoire ; il suffit donc que celui qui intente une complainte négatoire ait la Possession non contestée de l'héritage sur lequel s'exerce la servitude ; dès que cette Possession est reconnue ou prouvée ; ce n'est pas à lui de faire la preuve négative que le défendeur n'a pas la Possession annale, c'est à ce défendeur de justifier de sa Possession (Cass. 29 mars 86 ; la Loi 31 mars 86 ; Trib. d'Annecy, 27 juill. 88 ; Pand. fr. per. 88-2-292.

357. — Ceci posé, l'art. 639 nous indique qu'il est trois espèces de servitudes réelles. La servitude dérive, ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre propriétaires. On peut citer, comme le type des servitudes de la première espèce, la servitude d'écoulement naturel des eaux (art. 640). Il est évident qu'une pareille servitude peut donner lieu à la complainte. Il s'agit là bien plutôt de la protection même du fonds que d'un droit de servitude, et c'est dans cette hypothèse et autres analogues qu'on peut dire avec la loi romaine : « Quid alia sunt jura prædiorum quam prædia qualiter inter se habentia ? » Il résulte de ce point de vue que le propriétaire inférieur pourra se dire troublé par tout fait qui aggravera la servitude d'écoulement naturel, comme, à l'inverse, le propriétaire supérieur sera troublé par tout obstacle s'opposant au libre écoulement et faisant refluer les eaux sur son fonds. Mais on peut posséder contre les termes de l'art. 640 et tout aménagement de l'écoulement des eaux, consacré par l'annalité, devra être maintenue sur la complainte de l'un ou de l'autre, suivant les cas.

358. — Lorsqu'il s'agit, au contraire, de la seconde espèce de servitudes prévue par l'art. 639, il nous paraît qu'on peut, sans inconvénient et surtout en notre matière, les considérer comme de véritables servi-

tudes. Ce sont là des droits réels qui pourraient très bien résulter de conventions, et la loi, en les créant, suppose une convention tacite qui aurait pour but le bon aménagement des propriétés. Les effets, en principe, seront donc les mêmes que pour les servitudes conventionnelles (Appleton, § 424).

Comme servitudes légales, le Code cite l'obligation de la distance légale pour les constructions et plantations, pour les vues et jours et le passage en cas d'enclave. Et la question s'est posée de savoir si c'étaient là les seules servitudes légales.

Par exemple le tour d'échelle dans la plupart des coutumes était tantôt une servitude, tantôt même constituait une véritable propriété (V. Merlin, V° Invétison). Il y avait aussi, dans certaines provinces, une servitude de tour de charrue. Certains auteurs veulent maintenir ces anciennes servitudes à l'état d'accessoire nécessaire de la propriété (V. Dalloz, V° Servitudes; Pardessus, 1, 227; V. aussi arrêts cités par Wodon, 505). Mais la grande majorité des auteurs et la jurisprudence décident qu'en l'absence de textes on ne doit plus admettre ces servitudes au nombre des servitudes légales (1) (Discours du tribun Gillet au Corps législat. ; Locré, 8, p. 506 et suiv. n° 11 ; Merlin, Rep. V° Tour d'Echelle ; Demol. 11, 422 ; Aubry et Rau, § 238, texte et note 10 ; Curasson, 694 et note *b* ; Douai, 31 août 65; Sir., 66. 2-229.

Nous donnerons quelques détails particuliers à propos des servitudes de jours et de vues et de la servitude de passage.

359. — Le Code traite dans une seule section « Des vues sur la propriété du voisin », deux choses corrélatives mais très distinctes. Il faut considérer séparément les jours, simples ouvertures, qui ont pour but unique d'éclairer, non d'aérer ni de permettre de regarder ou même de voir et les vues qui, outre qu'elles éclairent les appartements, sont pratiquées d'ordinaire de ma-

(1) On se demandait aussi si l'on pouvait invoquer à titre de servitude légale le droit d'aller recueillir les fruits tombés sur le fonds du voisin. La loi du 20 août 1881 a tranché la controverse (V. art. 673 nouveau).

nière à permettre d'aérer et surtout de regarder sur le fonds du voisin. — L'art. 675, les art. 678-679 réglementent les vues; l'art. 676 et l'art. 677 les jours.

Tout établissement de vues à une distance indue peut faire acquérir une servitude à l'encontre de la servitude légale, et constituera par suite un trouble. Pour reconnaître s'il y a trouble ou non, le juge de paix est donc obligé d'examiner si l'acte critiqué est permis ou prohibé par la loi ; il doit vérifier notamment si l'ouverture constitue un jour ou une vue, si c'est une vue ou une simple ouverture d'accès et c'est par application de ce principe que la Cour de Cassation a déclaré que le juge du possessoire ne peut rejeter comme soulevant un litige pétitoire l'action en complainte tendant à obtenir la fermeture d'une porte qui aurait été ouverte dans un mur de clôture à moins de 19 décimètres du fonds du demandeur ; qu'il appartenait au juge de paix de décider si la porte, d'après les circonstances constituait une vue. S'il décidait l'affirmative, il avait à en rechercher la nature, si elle était droite ou oblique, il devait constater à quelle époque elle avait été établie, rechercher en un mot si elle constituait une indue entreprise sur la jouissance pleine et libre du fonds du demandeur. Cass. 21 nov. 71, D. 71-1-276 (1).

Si les vues existent depuis plus d'un an, il y a Possession d'une servitude continue et apparente. Le propriétaire du mur où sont les fenêtres ou ouvertures a acquis une servitude de vue. Cette servitude a pour conséquence d'empêcher le propriétaire du fonds servant de bâtir à limite d'héritage ; il doit sous peine de causer un trouble, reculer jusqu'à 19 ou 26 décimètres du mur où sont les ouvertures, selon que la servitude acquise est une vue oblique ou une vue droite. Mais la servitude de vue n'est pas la ser-

(1) Il doit apprécier si un escalier doit être assimilé à une terrasse donnant une vue. Cass., 29 avril 72 ; D. 72. 1-131. — Il n'existe pas de distance légale pour les soupiraux d'une cave (A. et R., § 196 ; Demol., 12-534 bis. Le juge de paix sera compétent pour apprécier s'il s'agit d'un soupirail ou d'une ouverture de vue (Cpr., Just. de Paix Pontoise, 7 avril 70 ; Bull., déc. J. de Paix, 14, p. 36).

vitude de prospect, elle n'entraîne pas l'obligation de ne pas bâtir, et le juge de paix ne saurait en l'absence de titre étendre au delà de ces limites l'interdiction de construire (Cas., 28 déc. 63 ; D. 64. 1-163).

— L'ouverture de jours de souffrance ne constitue pas un trouble. C'est un acte légalement posé et c'est au juge de paix qu'il appartient de reconnaître si les ouvertures sont des jours de souffrance. Et il est important de remarquer que, d'après la jurisprudence, la définition des jours de souffrance donnée par les articles 676 et 677, n'est pas limitative ; qu'on doit considérer comme jours de souffrance des ouvertures remplissant cette double condition de ne pouvoir être ouvertes et de ne pas permettre de voir sur l'héritage voisin (Cass. 18 juill. 59, D. 59, 1, 400; Cpr. Cass., 25 janv. 69; D. 70, 1, 72. — V. aussi Grenoble, 16 déc. 71, D. 73, 2, 165). Il en résulte que le juge de paix est compétent pour apprécier si les jours que le propriétaire du mur prétend posséder depuis l'an et jour, sont des fenêtres d'aspect ou des jours de souffrance (Jugement d'Annecy, déjà cité).

Les jours sont établis « jure dominii » et non « jure servitutis ». Ils n'impliquent aucune prétention à une servitude; ils n'impliquent, par suite, aucune prétention possessoire. Si donc le voisin ne peut en obtenir la fermeture dans l'année de leur établissement, en revanche, aucun laps de temps ne peut leur donner le caractère d'un droit réel. Le voisin peut donc les obstruer, si anciennement établis qu'on les suppose, en bâtissant à la limite de son héritage, et il n'y aura pas lieu à complainte de la part du propriétaire ou possesseur qui les avait ouverts. Et si le voisin acquiert la mitoyenneté du mur, il peut les faire boucher à sa volonté, soit sur-le-champ, soit postérieurement ; si longtemps qu'il puisse les souffrir, ils auront toujours vis-à-vis de lui un caractère de précarité et de tolérance (1)

(1) Il en serait très différemment si l'acquisition de mitoyenneté portait sur un mur qui aurait des fenêtres d'aspect. Ces fenêtres constituant une servitude, devraient être respectées. Et l'acquéreur ne pourrait bâtir qu'à la distance légale du mur devenu mitoyen.

(Demol., 11, 370; Curasson, 693; Pardessus, 1, n° 211).

360. — Passage légal en cas d'Enclave. — La servitude de passage peut être apparente si, par exemple, il existe un chemin empierré pour son exercice; mais elle est discontinue (art. 668) et ne peut, par suite, s'acquérir par prescription (art. 691). En règle donc, d'après ce que nous verrons plus loin, elle ne saurait faire l'objet d'une action Possessoire que si elle est appuyée sur un titre. Mais, en cas d'enclave, l'état d'enclave constitue un titre légal qui permet de fonder une Possession utile; aussi une jurisprudence constante admet-elle l'action possessoire en cas d'enclave (Cass., 21 avril 75; D. 75, 1, 480; 26 août 79; Sir., 81, 1, 472). Il appartient donc au juge de paix, quand il s'agit de l'exercice d'une servitude de passage, qu'on appuie sur le fait d'enclave, de vérifier si l'enclave existe dans les termes des art. 682 et suiv. (Loi 20 Août 1881). Il ne cumule pas ainsi le Possessoire et le Pétitoire (1).

Il faut, pour fonder une possession utile, une possession qualifiée et non de simple tolérance, par exemple le passage par une barrière fermée à clef dont, à chaque fait de passage, on aurait dû demander l'ouverture, serait insuffisant à fonder une possession utile (Jugement de paix; Bavay, 24 Juin 65; Bull. Déc. J. Paix, 8, p. 33). D'après nous aussi, un passage alternatif sur deux fonds serait insuffisant à fonder une possession qualifiée (V. cep. Curasson, II, p. 104 et la note *c*).

Il faut enfin une possession annale (V. cep. Wodon, 563-564; Bourcart, n° 148), et il ne suffirait pas de prouver la possession du fonds enclavé sans avoir exercé aucun fait de passage; on ne saurait admettre non plus, malgré ce que dit Appleton, § 427, qu'un seul acte de passage suffise pour donner effectivement la possession. D'après cet auteur, le fait de passage pour cause d'enclave doit être absolument assimilé au cas de passage conventionnel. Ce raisonnement, mal-

(1) C'est un point unanimement admis aujourd'hui. V. Pardessus, 2,325; Bélime, 262; Bourbeau, 378; Demol., 635; A. et R., § 185, texte et note 27, et les arrêts cités plus haut.

gré son apparence spécieuse, ne saurait prévaloir; la loi sans doute concède l'enclave, mais sous certaines conditions. Cessant ces conditions, on a à voir seulement quel peut être l'effet propre de la possession. Or il est évident que si l'on décide que la possession annale détermine l'assiette au possessoire c'est parce qu'on suppose que le propriétaire du fonds servant a tacitement admis le passage, qu'il a reconnu le titre légal, qu'il a reconnu qu'en fait le passage s'exerçait par l'endroit le moins dommageable. C'est ce qu'un seul fait de passage ne saurait faire présumer. Et le juge de paix n'est pas compétent pour fixer l'assiette, pour reconnaître par quel endroit le passage serait le moins dommageable (1) pas plus qu'il ne peut connaître de l'indemnité; ce sont des questions liées essentiellement au pétitoire. Il peut seulement reconnaître à l'enclave le titre légal; il peut conclure des actes de passage que le propriétaire du fonds servant a reconnu ce titre et que la possession n'est plus ni précaire ni équivoque.

D'ailleurs une fois le passage acquis par prescription, constaté par jugement ou concédé par convention c'est en vain qu'on viendrait prétendre que l'enclave a cessé et que « ipso facto » les faits de passage doivent devenir précaires. Le passage une fois légalement acquis doit être considéré comme un passage ordinaire fondé sur titre (V. en ce sens Demol. loc. cit. n° 642. Poux Lagier et Pialat sur Curasson II, p. 406 notes).

Remarquons enfin que le titre de l'enclave étant écrit dans la loi « reçoit tous les jours une vigueur nouvelle » selon l'énergique expression d'Appleton, § 428, et que le fonds servant ne peut en acquérir la libération par le non-usage.

361. — Pour en terminer avec les servitudes légales nous donnerons quelques indications sur la mitoyenneté que la loi place dans la section de ces servitudes légales. — C'est une sorte de communauté d'une espèce

(1) Et il ne pourrait en reconnaissant la possession annale du passage pour fait d'enclave ordonner qu'à l'avenir on passera sur un point du fonds qu'il estime préférable. Cass. 28 nov. 71, 1, 334.

particulière avec indivision forcée (A et Rau, § 222, note 2 et 3). Il s'en suit que le communiste est recevable à former contre les tiers toutes les actions possessoires et à agir contre son communiste pour abus de jouissance. D'autre part la présomption de mitoyenneté n'est pas une présomption absolue, ce n'est pas non plus une simple présomption. La loi n'admet de preuve contre elle que dans certains cas, et pour faire fléchir les règles des art. 653, 666, 670 il faut une preuve littérale, des marques de non mitoyenneté ou la prescription.

Au point de vue possessoire, s'il n'est pas contesté que le mur ait été bâti sur un des deux héritages seulement ou s'il y a marque de non mitoyenneté le possesseur du fonds, constitué possesseur du mur, n'a pas besoin de faire des actes de possession spéciale sur le mur, il le possède en possédant son héritage même et comme accessoire de cet héritage; par suite tout acte de possession du voisin sur le mur constitue un trouble. Mais le voisin peut par des actes posés pendant une année acquérir la mitoyenneté du mur. Il faut évidemment des actes assez énergiques, qui ne soient pas des actes de familiarité et de tolérance. Et l'on s'est demandé notamment si des espaliers appuyés contre le mur et maintenus par des crochets en fer ou des os pourraient faire acquérir une possession utile. M. Demolombe ne le pense pas (V. 347 et autor. citées). Nous sommes d'un sentiment contraire (Cpr. Léon de Vilade. Coutumes de Normandie réglementées par l'Edit de 1851, Paris Pedone-Lauriel 1885, p. 98, qui estime que c'est là une servitude continue apparente qui peut être conquise par la prescription trentenaire). Et la nouvelle rédaction de l'art. 671, alin. 3 (Loi du 21 août 1881) nous paraît décisive. Puisque, si le mur n'est pas mitoyen le propriétaire seul a le droit d'appuyer des espaliers, ne doit-on pas en conclure que l'appui des espaliers est un acte suffisant pour faire acquérir la propriété mitoyenne? — Mais le fait d'enlever une pierre pour appuyer une poutre et les autres entreprises analogues seraient certainement efficaces.

Supposons, d'autre part, qu'il n'y ait pas de propriété certaine et reconnue, qu'il n'y ait pas de marques de non-mitoyenneté, le mur séparatif est présumé mitoyen (1). Et, en vertu des principes de la communauté, l'usage qu'en fera le voisin ne lui donnera pas une possession exclusive, eût-il joui seul pendant la dernière année, à moins qu'il ne fasse des entreprises comportant une main-mise absolue, par exemple une destruction et une reconstruction. Et, d'autre part, sauf les questions de clandestinité, sauf la justification d'une possession qualifiée qui lui incombe, le voisin peut fonder une possession utile sur un abus de jouissance, pourvu qu'elle soit couverte par l'annalité. Par exemple, il a ouvert une fenêtre, il a poussé une poutre au-delà de la ligne médiane; ces entreprises, si le voisin n'a pu les ignorer, donnent une possession utile au co-ayant droit (Cpr. Appleton, § 447). Le co-propriétaire d'un mur mitoyen devra donc toujours se tenir en éveil quand son voisin commencera quelque travail sur le mur, afin de bien discerner si l'entreprise ainsi posée se renferme strictement dans les limites de la loi (2).

362. — Des Servitudes conventionnelles. — Les Servitudes, nous avons déjà eu occasion de le remarquer (n° 327), ne peuvent être l'objet d'une action possessoire qu'autant qu'elles sont conformes avant tout aux prescriptions de l'article 686, qu'autant qu'elles ne sont imposées ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds. C'est en conséquence de ce principe que nous avons décidé que le droit de chasse et de pêche ne pouvait constituer une servitude ni être possédé comme tel, non plus qu'une banalité dans les termes de l'ancien Droit. C'est là une remarque générale qui s'applique

(1) Mêmes solutions pour les haies et fossés mitoyens.

(2) Selon une remarque déjà faite à propos des vues, nous estimons que l'achat de la mitoyenneté ne saurait entraîner modification de l'état de fait de la jouissance du propriétaire; par exemple, il ne devrait pas rogner ses poutres jusqu'à la ligne médiane; il ne serait pas obligé de modifier ses placards et ses cheminées.

à toutes les Servitudes. D'autre part, il faut que les servitudes n'aient rien de contraire à l'ordre public (686); il faut, enfin, dans un autre ordre d'idées, une certaine contiguité entre le fonds servant et le fonds dominant, sinon on se trouverait en présence d'un droit d'usage réel, plutôt que d'une servitude.

Les art. 688 et 689 nous indiquent la double division en servitudes continues et discontinues, apparentes et non apparentes; il faut aussi distinguer les servitudes affirmatives et les servitudes négatives (V. Aubry et Rau, III, p. 68).

Les servitudes continues et apparentes peuvent être acquises par prescription (art. 690), il s'en suit qu'elles sont susceptibles de Possession annnale, et que leur exercice peut faire l'objet d'une complainte (1). (Aubry et Rau, § 185, texte et note 28. Pardessus, 2, 325, 330. Demol., 12, 941. Bélime, 255. Appleton, § 401. Wodon, 476). Mais nous avons remarquée qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une Action en réintégrande (V. n° 289).

363. — Les servitudes discontinues ne peuvent faire l'objet d'une action Possessoire si elles ne sont fondées sur un titre (Cass. 11 févr. 72, D. 72-1-265; 10 août 86; Pand. fr. pér. 86-1-130). Une servitude non apparente, fût-elle continue, ne peut non plus, si elle n'est appuyée sur un titre, former l'objet d'une action Possessoire (Cass. 26 déc. 65, D. 66-1-221. — V. A. et R., § 185, texte et note 29 et 30; Demol., 12, 945-947; Cu-

(1) Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme (art. 688) une fois que les choses se trouvent placées dans l'état que suppose la servitude; par exemple, les conduites d'eaux et les vues. La servitude apparente est celle qui se manifeste par des ouvrages extérieurs (689). Une servitude peut être discontinue et non apparente, discontinue et apparente, continue et apparente. Il y a une controverse notamment pour les servitudes d'écoulement des eaux ménagères. La jurisprudence décide que ce sont des servitudes discontinues et apparentes (V. Cass. 17 févr. 75. D. 76.1. 504. Aubry et Rau, § 248, texte et note 5). M. Demolombe soutient au contraire (12,712) qu'il s'agit là de servitudes continues et apparentes. Cette dernière opinion ne nous paraît pas admissible, il faut en effet à chaque fait qui constitue l'exercice de la servitude un fait actuel de l'homme qui crée la matière de cette servitude. Il n'y a donc pas à l'assimiler à la servitude d'irrigation qui a seulement besoin pour son exercice qu'on soulève une vanne, et par suite la complainte est impossible.

rasson, 697-698. — V. cep. Laurent VII, nos 169, VIII, 129, 286 (1).

Il y a parallélisme complet en matière de servitudes entre les règles de la Prescription et celles de la Possession. Quand celle-ci est impossible, la Possession l'est généralement, car elle est la base et l'élément constitutif et indispensable de toute Prescription. — Les servitudes discontinues et non apparentes ne peuvent être possédées, parce qu'elles sont imprescriptibles (art. 691). Mais elles peuvent être acquises par titre. Dans ce cas, une Possession conforme au titre doit donner les actions Possessoires. L'exercice seul des servitudes discontinues apparentes ou non ne peut donc, en principe, donner lieu à une Possession utile, et l'exigence du titre est absolue ; sans elle il n'y a pas de Possession. Mais les auteurs ne sont pas absolument d'accord sur le motif de cette rigueur. Les uns, comme Marcadé, art. 690, n° 1 ; Pardessus II, 276 ; Duranton V, 578, estiment que l'absence du titre rend la Possession discontinue. Demolombe, au contraire (n° 786), voit dans une pareille Possession une présomption d'équivoque et de précarité, et cette opinion nous paraît préférable (art. 2229 et 2232). Le législateur a considéré que les actes de Possession qui constituaient, par exemple, la servitude de passage ou la servitude de puisage étaient d'ordinaire le résultat de la tolérance, de la familiarité. Le titre seul et vis-à-vis de tout le monde, notamment d'une commune qui réclame un passage, peut faire tomber cette présomption.

364. — Que faut-il entendre par le titre ? Ce n'est pas l' « instrumentum », l'acte écrit (art. 1317 et art. 1348), c'est la cause efficiente de la servitude, contrat

(1) C'était la théorie de l'Ancien Droit. V. Pothier, Poss. 90, Procéd. civ., ch. 3, § 2 ; Dunod, Prescrip. Part. 3, ch. 6. Ce principe a été controversé, néanmoins, sous la législation nouvelle ; mais l'opinion contraire n'a pas prévalu. V. dans Bélime, 447 et suiv. ; Demol., 945, la réfutation de l'ancienne opinion que M. Bourcart, n° 46, admet néanmoins. Voyez, dans le même sens, Wodon, qui soutient qu'on peut agir au Possessoire sans titre pour les servitudes discontinues et non apparentes n° 479). Mais cette opinion est trop contraire au texte de l'art. 691, comme à son esprit, pour pouvoir être admise.

de vente, d'échange, partage, etc. Il peut très bien résulter d'un acte à titre gratuit, d'une donation, d'un testament ou d'un jugement d'adjudication (Demol. 732).

Pardessus (2, n° 242, 243) semble soutenir qu'il faut un acte écrit de toute nécessité et que l'art. 691 ne parle pas seulement de la cause efficiente du droit. C'était aussi l'exigence de nos anciennes coutumes (Pothier sur 227, Orléans, Paris 215). Il fallait même pour la validité de la constitution un titre exprès et détaillé. « Les servitudes devaient être nommément et spécialement décrites, tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, mesure que espèce et par écrit » et ce à peine de nullité de la constitution (1).

Pour soutenir qu'un acte écrit est essentiel comme mode de preuve on pourrait argumenter aussi du texte de l'art. 695 et des termes dans lesquels il parle de titre constitutif et de titre recognitif.

Mais cette opinion n'a pas prévalu et l'on admet généralement que le titre peut être établi même par témoins, dans les cas exceptionnels prévus par les art. 1347 et 1348 (A. et R., § 250, texte et note 22 ; Demol., 730 et 755). Et à plus forte raison l'aveu de la partie, l'interrogatoire sur faits et articles, la délation de serment pourraient être acceptés en preuve. Et cette solution doit être admise au possessoire aussi bien qu'au pétitoire (V. Cass. 16 déc. 63. D. 64, 1, 215, 13 juin 88. D. 89, 1, 196 et le rapport de M. Ballot Beaupré).

365. — De qui le titre doit-il émaner ? Pas de difficulté s'il est souscrit par le propriétaire du fonds servant ou par ses auteurs, ou s'il est opposé au possesseur qui l'a souscrit, par exemple à l'usufruitier. Il est évident que ce dernier ne peut attaquer la concession par lui consentie (Demol. 736 ; Pardessus, 247). Si toutefois le titre est sous signature privée non re-

(1) Mais Goupy sur Desgodets, art. 215, Paris el Lalaure, Livre III, ch. 10, nous apprennent qu'en pratique cette règle était tombée en désuétude. Aujourd'hui ces exigences ne sauraient être admises, Demol., 731. V. J. Paix Béthune. 24 mars 87 ; le Moniteur des J. de Paix, 87, p. 206, qui a décidé que la complainte est recevable bien que le titre soit muet sur l'étendue du droit concédé.

connue ou tenue pour reconnue, comme le juge de paix n'est pas plus qu'un Tribunal de commerce compétent pour une vérification d'écriture, il devra surseoir jusqu'à ce que le titre ait été examiné à ce point de vue par le Tribunal civil.

Mais si le titre n'émane pas du propriétaire ni de ses auteurs, mais d'un « non dominus » du fermier, par exemple de l'emphytéote ou d'un étranger quel qu'il soit, peut-il être opposé au propriétaire ?

Il y a sur ce point une vive controverse. Les uns estiment qu'un pareil titre peut être suffisant. Cette opinion peut invoquer un passage de Pothier (Introd. au titre 13, Cout. d'Orléans, n° 8) : « Si le possesseur de l'héritage voisin qui passait pour en être le propriétaire, sans l'être effectivement, m'a accordé sur cet héritage un droit de servitude, ce possesseur n'ayant pu me donner un droit sur une chose dans laquelle il n'en avait pas lui-même, je n'en acquiers aucun, mais j'acquiers au moins « causam usucapiendi, » car si en vertu de ce titre j'use pendant trente ans du droit de servitude, j'acquerrai le droit par prescription. Ma possession n'est pas en ce cas destituée de titre, puisque je possède en vertu d'un titre d'acquisition : « ab eo quem bona fide credebam dominum esse », et ma possession ne peut passer pour tolérance puisque j'use du droit de servitude en ce cas « tanquam juste existimans me jus servitutis habere. » (V. en ce sens, Bélime, 258-260 ; Cpr., Crémieu, 353-358).

Cette opinion est repoussée par MM. Aubry et Rau (§ 185, texte et note 30-31 ; Demolombe, 12, 788 et 951), dont la théorie nous paraît préférable. Le titre émané « a non domino » peut faire disparaître la présomption de précarité vis-à-vis de celui qui fait les actes de servitude, mais elle est insuffisante pour écarter l'idée de tolérance et de familiarité vis-à-vis du fonds assujetti. Et d'autre part, l'art. 691 en disant que les servitudes ne peuvent s'acquérir que par titre, prend ce mot dans le sens de l'art. 690 qui le précède immédiatement. Or, pour acquérir par titre, il faut évi-

demment un titre émané du vrai propriétaire et par suite, pour posséder utilement, il faut aussi un titre émané de ce propriétaire. C'est ce que démontre péremptoirement l'art. 695 : le titre recognitif doit émaner du propriétaire du fonds asservi.

366. — Quid *de la contradiction* opposée depuis plus d'un an ? Il y a eu aussi de grandes divergences sur l'effet de la contradiction (V. Demol., 789). Mais il est évident qu'on ne saurait appliquer en notre matière l'art. 2238. Il s'agit d'une chose insusceptible de possession sans titre. Or, si la contradiction peut opérer interversion de possession quand il s'agit d'un immeuble susceptible de possession, elle n'a pas pour résultat de rendre susceptible de possession et de prescription ce qui ne l'est pas (Belime, n° 257 ; Demol., loc. cit. ; Pardessus, 276 et 324 ; Aubry et Rau, § 185, texte et note 32). Et cette contradiction n'a pas nécessairement constitué un trouble mettant en demeure d'exercer l'action possessoire (V. Contra, Troplong, 1, 393).

Par suite la réunion même du titre, à non domino, et de la contradiction serait insuffisante (Demol. A. et R., loc. cit.) ; puisqu'ils sont inefficaces chacun pris séparément, on ne peut dire que leur réunion purge les vices d'une Possession qui est bien plutôt inexistante qu'inficiée de vices ; la précarité est en effet un vice absolu d'après ce que nous avons constaté.

367. — On s'est demandé d'autre part si la Possession était exercée en vertu d'actes de délivrance émanant du propriétaire du fond prétendu servant, s'il y avait lieu d'exiger néanmoins le titre. Mais la servitude n'en reste pas moins discontinue, et cela ne suffit pas pour apporter dérogation aux principes posés. — On peut aussi opposer que le titre étant signé depuis plus de trente ans est prescrit et Carou (n° 181) a soutenu que notre règle ne s'appliquait plus alors ; qu'il faudrait un titre recognitif et que c'est pour cela qu'on a inséré l'art. 695. C'est là une fausse application du principe que le titre, c'est-à-dire l'instrument constatant une obligation, se prescrit par trente ans ; il s'agit ici d'un droit réel qui en dehors du non usage

ne peut être détruit que par une Possession contraire. Au Possessoire d'ailleurs il n'y a pas à se préoccuper de l'ancienneté du titre ; ce serait examiner une question de fond. Et d'ailleurs l'action même au pétitoire ne saurait prospérer (Demol., 946).

368. — Enfin si le titre est argué de nullité que devra faire le juge du Possessoire ? La question peut paraître délicate s'il s'agit d'une nullité radicale et absolue, et il nous paraît évident par exemple que le juge pourrait ne pas tenir compte d'une pièce informe (Demol., 9-608). Mais en dehors de cette hypothèse, on peut concevoir un titre nul pour défaut de formes, par exemple une donation par acte sous-seing, une vente immobilière faite par un tuteur sans les formalités. Or l'art. 2267 dit qu'un titre nul pour vice de forme ne peut servir de base à la prescription de dix à vingt ans. Et certains auteurs prétendent qu'un pareil titre ne saurait donner qu'une Possession précaire, insusceptible de servir de base à la complainte (Carou, 132-182 ; Duvergier sur Toullier, 3 p., 291 à la note). Mais la plus grande partie des auteurs et la jurisprudence admettent que le juge de paix n'ayant à apprécier le titre que sous le rapport Possessoire, peut très bien l'admettre même s'il est coté de nullité pour vice de forme (Curasson, 698 ; Bélime, 257-258 ; Demol., 946).

A fortiori, le titre doit-il être tenu pour valable si l'on ne cote qu'une nullité relative, l'incapacité par exemple (Bélime, 458-459 ; Leligois, n° 36 ; Demol., loc. cit.).

369. — Du Titre Recognitif. — L'art. 695 nous indique que le titre constitutif de la servitude discontinue peut être remplacé par un titre recognitif émané du propriétaire du fonds asservi. — Quelles conditions spéciales doit remplir ce titre ? Tout le monde est d'accord que l'article 1337, qui exige représentation du titre primordial si la teneur n'en est spécialement relatée dans le titre recognitif, n'est pas applicable à notre hypothèse. Et, d'après les règles propres à la matière des servitudes, la force probante de l'acte recognitif

reste complète au pétitoire comme au possessoire,sans qu'il ait besoin de satisfaire à cette exigence spéciale. C'était la solution de Pothier, d'après lequel la simple reconnaissance d'une servitude suffisait pour constituer un acte recognitif (Introd. au tit. 13, Cout. Orléans, n° 12). L'article 695, dans ses termes, n'exige rien de plus et ne se réfère pas à l'article 1337. Et, d'autre part, cet article 1337 est une exception. On doit donc s'en tenir à la règle générale déposée dans l'article 1320. L'acte, soit authentique, soit sous-seing privé, fait foi « même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. » (Demol., 12, 757 A. et R., § 250, note 20) (1).

Suit-il de là que le possesseur de la servitude puisse invoquer les énonciations d'un titre auquel le propriétaire du fonds servant n'a pas été partie, non-seulement comme commencement de preuve par écrit, ce qui est hors de doute, mais comme preuve complète, à titre d'aveu, et que la reconnaissance quelconque posée par le propriétaire du fonds servant, n'ait pas besoin d'avoir été acceptée par le propriétaire de l'héritage dominant? Si l'énonciation est formelle, comme en général l'aveu n'a pas besoin d'être accepté, pas de difficulté. Mais si l'énonciation n'est pas en forme d'aveu, doit-on appliquer la règle « in antiquis enuntiativa probant » dans les termes où Pothier la pose: « Quoique le long usage n'attribue pas de droit de servitude, néanmoins si ma maison a, depuis très longtemps, une vue sur la maison voisine, et que, dans les anciens contrats d'acquisition qu'en ont faite mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a ce droit de vue, ces anciens contrats soutenus de ma possession feront foi du droit de vue contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers et que ses auteurs n'aient jamais été parties dans ces contrats. » (Traité des Oblig., n° 740, Denizart, V° Servitudes). Et comme titre ancien on

(1) On peut rapprocher ce principe de celui de l'article 1350, n° 4, sur la valeur de l'aveu et la présomption légale qui en résulte.

admettait un titre de plus de quarante ans. Que cette règle n'ait pas passé « in terminis » dans notre Code, cela est d'évidence (Pardessus, 2, 268; Demol., 753). La rédaction des articles 691 et 695 le démontre amplement. Doit-on, néanmoins, admettre au moins comme commencement de preuve par écrit un titre semblable? La jurisqrudence paraît hésitante. Pour nous, au point de vue possessoire comme au point de vue pétitoire, un pareil titre ne pourrait fournir qu'une simple présomption. Il devrait donc être considéré comme insuffisant pour fonder une possession de servitude discontinue. En effet, il n'émane pas du propriétaire du fonds servant ni de ses auteurs; il ne remplit donc pas les conditions de l'article 691, et, d'autre part, l'article 1320, à propos de la valeur des simples énonciations, ne vise que le titre entre les parties.

370. — Il est évident qu'on peut posséder au-delà de son titre ou en dehors pour les servitudes continues et apparentes, cette possession peut même aller jusqu'à faire acquérir la co-propriété (V. A et R., § 217, texte et notes 2 à 5).

Dans ces servitudes, même au point de vue Possessoire, le titre n'est que d'une importance secondaire. Le mode d'exercice de la Possession pendant la dernière année est la principale considération; soit que ce mode d'exercice ait restreint la servitude, soit qu'il l'ait étendue. — Pour les servitudes discontinues au contraire qui doivent nécessairement être appuyées sur un titre, on ne peut en principe posséder que conformément à ce titre (Demol, 792). Toute aggravatiou contraire au titre, toute modification sera essentiellement précaire et ne pourra être couverte par l'annalité. Si par exemple il résulte du titre qu'on a une servitude de passage à pied, l'action en maintenue de la Possession d'un passsage avec bêtes de somme ou en voiture sera non recevable, et l'offre de preuve qu'on pourrait faire qu'on use ainsi du passage depuis plus d'un an, depuis dix ans, depuis trente ans, devrait être rejetée. — Mais si le titre est muet quant à l'étendue et au mode d'exercice et quant à l'assiette de la

servitude, la Possession annale aura pour conséquence de fixer au possessoire tous ces points non prévus. La Possession alors a sa cause dans le titre; si ce titre ne dit rien sur l'exécution, on doit raisonnablement présumer ou que la Possession a été laissée à la discrétion du possesseur ou qu'elle est conforme à un règlement verbal ultérieur. Elle est l'interprétation naturelle du titre (V. Leligois, Servit. n° 63. Demol, 793). Il résulte du principe posé que si on a depuis un an changé l'assiette de la servitude discontinue qu'on possédait, on n'a plus l'Action possessoire, car la servitude qu'on possède est différente et n'est plus fondée sur un titre (1).

371. — Mais il ne faut pas confondre l'hypothèse que nous venons d'examiner avec celle où l'on possède contre son titre en prétendant un droit de propriété ou de co-propriété par exemple. C'est là une question très pratique, car il est certains faits qui peuvent aussi bien être considérés comme l'exercice ordinaire d'un Droit de propriété que comme l'exercice d'une servitude; c'est ce qui arrive notamment pour le passage, le puisage, le pâturage, le droit de prendre du bois, d'extraire du sable, de la pierre. En principe il n'y a pas de présomption plutôt pour la servitude que pour la propriété. L'art. 2230 qui décide qu'on est toujours présumé posséder *pour soi et à titre de propriétaire*, laisse la question entière. Il vise seulement l'hypothèse de la Possession pour autrui.

Un point est hors de discussion ce nous semble, c'est que l'Action Possessoire est recevable alors même que l'apparence des lieux pourrait paraître contraire à la prétention du demandeur, que par exemple on n'aurait pas une propriété contiguë du chemin auquel on prétend à titre de co-propriétaire (Cass. 18 juill. 77, D. 78-1-375). Il n'y aurait qu'une simple présomption de fait à l'encontre de la prétention du demandeur. Le juge peut d'ailleurs exiger qu'on conclue maintenue d'un droit déterminé

(1) Il faut apporter naturellement à la rigueur du principe un tempérament nécessaire. Si le passage par exemple était impraticable et qu'on eût passé en bordure on aurait conservé la Possession du passage.

l'un ou l'autre et non pas seulement une alternative. Mais il est évident qu'on peut demander principalement maintenue à titre de plein propriétaire, subsidiairement maintenue à titre du co-propriétaire, plus subsidiairement enfin maintenue à titre de servitude.

Mais pour déclarer bien fondée une demande en maintenue de pleine Possession, il faudrait des faits de jouissance bien exclusifs, bien caractérisés ; le simple puisage, la simple extraction de matériaux, le pacage, le simple passage ne sauraient à eux seuls fonder qu'une Possession équivoque (A. et R., § 217, note 9 ; Bélime, 55 ; Troplong, I, 161, 273-359. — V. Aussi ce que nous avons dit n° 217), à moins d'hypothèses absolument spéciales, par exemple au cas où il s'agit de la co-propriété d'une sente de voisiné, au cas ou les faits de pacage s'exercent sur un fonds qui ne comporte pas d'autre mode d'exploitation (1). De même pour un passage, le fait de l'avoir empierré, entretenu, ne suffirait pas à prouver qu'on le possède à titre de maître, car l'entretien des travaux nécessaires à la servitude est en principe à la charge du propriétaire du fonds dominant, art. 697-698. Le fait de l'avoir enclos de palissades serait plus probant; si enfin l'on avait planté des haies en bordure, cela pourrait paraître décisif.

Mais bien entendu une servitude peut être établie par un titre qui donne même ces droits. S'il y avait un titre de constitution, les faits dont nous parlons seraient inopérants s'ils étaient permis par le titre. Si le titre était muet, il semble qu'il faudrait encore y voir de préférence un abus de jouissance de la servitude : Melius non habere titulum. Ce n'est pas pourtant, selon nous, que l'existence du titre doive empêcher absolument de posséder d'une façon suffisamment énergique pour acquérir la pleine possession, mais il faudra des faits extrêmement graves et persistants. On a prétendu toutefois que l'art. 2240 faisait obstacle à l'acquisition d'une Possession exclusive et à titre de propriétaire par celui qui jouissait en vertu d'un titre d'une servitude

(1) V. A. et R., § 185, n° 3, p. 130, note 39.

discontinue, si énergiques qu'on pût supposer les faits d'interversion (V. Cass., 21 août 71 ; S. 71. 1-241). Mais on peut répondre que celui qui exerce une servitude n'est pas un détenteur précaire, qu'il n'a pas l'exercice de la Possession d'autrui et que par suite les règles de l'interversion ne doivent pas lui être appliquées (V. Leligois Servit., n° 75, et la note sous l'arrêt de 71). La seule chose qu'on puisse reconnaître, c'est qu'on devra plus difficilement admettre que le possesseur possède contre son titre que s'il n'en avait pas du tout. Mais c'est là une simple application des principes logiques et aucun texte ne s'oppose à ce que dans des cas exceptionnels on reconnaisse que par des faits non équivoques de main-mise absolue et sans réserves, le possesseur d'une servitude discontinue ait possédé utilement contre son titre.

372. — Dans certains cas, la destination du père de famille vaut titre (art. 692-694). Pour les servitudes continues et apparentes, cette destination ne change pas les principes déjà posés. Pour ces servitudes, la Possession est tout, la destination du père de famille comme le titre même ne fournit qu'un élément accessoire d'appréciation. La destination du père de famille d'autre part ne vaut pas titre vis-à-vis des servitudes discontinues et non apparentes (Demol., n° 815). Pour les servitudes *discontinues apparentes*, au contraire, d'après l'interprétation la plus générale (1) sur l'art. 694, elles peuvent être acquises par prescription au cas de destination du père de famille, et l'on admet qu'elles peuvent donner lieu à complainte (Cass., 5 juin 72 ; D., 74. 1-86 ; A. et R., § 185, texte et note 33 ; Belime, 264 ; Pardessus, 276, 324 ; Demol., 12, 947.

L'art. 694 exige que le contrat d'aliénation ne contienne aucune mention contraire. Et le juge du possessoire a le pouvoir d'apprécier ce titre (2).

(1) Voir pour la controverse et les autorités pour et contre. Demol., 821 ; A. et R., § 253, texte et note 9.

(2) On s'est demandé notamment quel était l'effet de la clause : franc et quitte de toutes charges. On admet généralement qu'elle serait insuffisante et qu'il faudrait une convention expresse et spéciale. Par suite le juge de paix ne serait pas forcé d'en tenir compte.

Quant au point de savoir qui constituera le signe apparent c'est une question de fait laissée à l'appréciation du juge, nous remarquerons seulement qu'il faut des travaux ayant un caractère permanent (Demol. 823).

373. — Nous avons observé plus haut qu'il existait une troisième division des servitudes en servitudes négatives et servitudes affirmatives. On appelle servitudes affirmatives celles qui autorisent le propriétaire du fonds dominant à faire quelque chose sur le fonds servant; on appelle servitudes négatives celles qui interdisent au propriétaire du fonds servant l'exercice de certains actes de propriété; qui par exemple lui ôtent la faculté de bâtir absolument ou de surélever des bâtiments existants (L. 15, § 1. De Servit. 8, 1).

Généralement les servitudes négatives sont non apparentes et continues (A. et R., § 248. Demol., 12, 723). En principe elles ne peuvent être l'objet d'une action possessoire sauf titre et la possession s'en établit par l'abstention de la part du propriétaire de l'héritage servant des actes de la nature de ceux qui lui sont interdits par l'acte constitutif de la servitude (A. et R., § 248, note 14, § 179, texte et note 2 et notes 23, 24. Demol., 950. Bélime, 265).

En ce qui concerne les servitudes affirmatives, il faut pour les posséder, si elles sont continues, établissement de l'état de choses qui suppose leur existence et leur exercice; si elles sont discontinues des actes ou des faits successifs. Donc pas de possession sans exercice. Jusque là le propriétaire du fonds grevé jouit de la liberté de son héritage. — Mais cette « possessio libertatis » constitue-t-elle un droit qui pourra se fortifier par l'annalité? C'est l'opinion de Bélime (160); d'après lui, celui qui a constitué une servitude peut, lorsque depuis l'acte de constitution il s'est écoulé une année sans qu'elle ait été exercée, intenter la complainte à raison de faits qui n'en seraient que l'exercice. Cette opinion est combattue par MM. Aubry et Rau. Le Code ne reconnaît, disent-ils, en matière d'extinction de servitudes réelles que la prescription résultant du non-usage pendant trente ans (art. 706). Or la « possessio liber-

tatis » qui pourrait fonder l'Action Possessoire devrait pouvoir fonder la prescription, car il y a (arg. de l'art. 2229) identité de règles pour la possession « ad interdicta » et la possession « ad usucapionem » et c'est ce qui n'est pas : par suite l'opinion de Bélime doit être rejetée.

374. — Les indications que nous venons de présenter sur le titre sont plutôt pour le juge de paix des règles d'interprétation puisqu'il doit examiner le titre principalement en tant qu'il colore la possession. Cependant une décision qui méconnaîtrait absolument la nature du titre nécessaire pourrait encourir cassation. Nous devons maintenant donner quelque indications sur l'interprétation spéciale du titre au possessoire. Aux termes de l'art. 696, quand on établit une servitude on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui comporte nécessairement le droit de passage. Comme le fait remarquer M. Demolombe, c'est là une règle de bon sens et de nécessité qui devrait être admise même en l'absence de texte. Il en résulte au possessoire que si on possède par titre une servitude discontinue de puisage par exemple, il n'est pas nécessaire que le titre fasse mention du passage nécessaire à son exercice pour qu'on puisse posséder la servitude de passage accessoirement, et le juge de paix, si le passage était troublé, ne pourrait rejeter la complainte confessoire par le motif qu'il s'agirait d'une servitude discontinue non fondée en titre. La vérité est qu'il n'existe pour ainsi dire qu'une seule servitude, mais complexe, puisque la servitude accessoire n'a pas d'existence propre distincte de la servitude principale.

Plusieurs conséquences découlent de cette observation, la première c'est qu'on ne peut sans abuser de la servitude accessoire en user autrement qu'à l'effet d'exercer la servitude principale ; 2° que la possession seule de la servitude accessoire ne suffit pas pour conserver la Possession de la servitude principale ; 3° que l'exercice de cette servitude accessoire d'une façon séparée constitue l'exercice d'une servitude distincte qui, n'ayant

pas l'appui d'un titre qui lui soit propre ne saurait continuer à être possédée utilement.

Il faut aussi que la servitude soit nécessaire et même indispensable (1), sinon elle devrait être considérée à part et avoir un titre particulier, si elle n'était continue et apparente. A ce propos on s'est demandé si la servitude de gouttière emportait nécessairement le tour d'échelle. Certaines coutumes admettaient que « qui avait l'une avait l'autre » (Meaux, art. 75. Reims, art. 378) et cette solution est proposée par Duranton, 5, n° 316 et Pardessus, n° 228. Mais la majorité des auteurs la repousse. Où est en effet le lien indispensable entre l'égoût et l'échellage ? Ne peut-on faire les réparations nécessaires au moyen d'échafaudages et d'échelles volantes ? Par suite on doit repousser la théorie ancienne qui n'est reproduite par aucun texte dans le Droit nouveau. Demol. 832. Aubry et Rau, cod. loc., note 3. Laurent, 8, 249.

375. — Du Trouble en matière de Servitude.— La complainte confessoire n'a pas seulement pour but de faire reconnaître la Possession de la servitude. Très souvent le principe en est reconnu, mais on aura à se plaindre d'entraves apportées à son libre exercice. De même l'action négatoire servira à se défendre contre un exercice qu'on prétendra critiquable ou dommageable de cette servitude. A côté donc du trouble complet dans la complainte confessoire et qui consiste dans la dépossession même de la servitude (2), ou dans l'empêchement absolu d'en jouir, on peut comprendre aisément qu'il y a une infinité de troubles de détail ; de même la complainte négatoire peut être motivée par mille petits abus introduits dans le mode d'exercice.

D'après l'art. 702, le propriétaire dominant trouble, en faisant un usage contraire à son titre, en opérant un

(1) C'est ainsi qu'il a été jugé que la servitude d'aqueduc ne comprend pas nécessairement celle de passage et de circulation sur les bords du canal par lequel elle s'exerce. V. Demol. 12, 832. Aubry et Rau, § 253, note 2, cpr. Laurent, 8, 250.

(2) Nous avons vu que cette dépossession ne donne jamais ouverture à la réintégrande (V. Cass., 28 oct. 85 ; D. 86, 1, 309).

changement qui aggrave la condition du fonds servant. La servitude ne doit être exercée que pour les besoins du fonds et en raison même de ceux de ces besoins qui l'ont fait établir (Demol., 850). Et du reste pour les servitudes discontinues, jamais le changement ou l'aggravation ne saurait se couvrir par quelque laps de temps que ce soit. Faut-il nécessairement que l'aggravation cause un dommage ? Ici encore la jurisprudence a hésité. Mais on doit décider, comme nous l'avons fait au cas d'usage des eaux, que toute innovation, sans qu'il y ait lieu de rechercher si elle est dommageable ou non, constitue un trouble et doit être réprimée (Cpr. Aubry et Rau, § 187, p. 153, note 22 ; Belime, 317 ; Wodon, 105).

L'art. 701 déclare que si l'assignation était devenue plus onéreuse pour le propriétaire du fonds assujetti ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire du fonds dominant un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et que celui-ci ne pourrait le refuser. Wodon, n° 509, estime que comme il s'agit là d'une pure faculté et d'une faculté imprescriptible, la prétention d'offrir un passage moins dommageable mais non pas plus onéreux ne saurait constituer un trouble : « Le possesseur du fonds servant, dit-il, en usant simplement de la faculté de l'art. 701, en changeant l'assiette primitive de la servitude dans les conditions prescrites par cette disposition ne peut porter aucun trouble à la quasi-possession du maître de l'héritage dominant, car il n'y a trouble que quand le changement opéré tend à diminuer l'étendue légale et naturelle de la servitude telle qu'elle était possédée. »

Mais il y a là une véritable pétition de principes. Sans doute, l'article 701 donne une faculté, mais cette faculté est conditionnelle, subordonnée à certaines exigences déterminées. Il faut donc, en cas de désaccord, une preuve. Et où doit se faire cette preuve ? au pétitoire. Provision est due à la possession existante. Et qui ne voit, d'autre part, qu'il ne s'agit plus expressément de la même servitude ; qu'elle est remplacée par

une autre ? L'article 701, en effet, en appliquant une loi d'équité, permet simplement de créer une autre servitude identique à l'ancienne.

Sauf le cas prévu par l'alinéa 3 de l'article 701, dans l'opinion de Wodon et dans tous les cas, selon nous, en ce qui concerne le possessoire le propriétaire du fonds servant ne peut, sans troubler, changer l'état des lieux ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée (art. 701, alin. 2). L'application de ce principe doit être combiné avec cette autre règle qu'en concédant une servitude, on ne s'est pas nécessairement interdit tous les actes de propriétaire. Ce sera, pour le juge, une question d'appréciation, et il aura à tenir grand compte du titre, que de voir si les faits du propriétaire constituent un acte légitime de propriété ou un trouble. Et, par exemple, le propriétaire peut cultiver si le titre ne s'y oppose pas ; mais il ne pourrait creuser un fossé coupant le passage qu'il doit souffrir. Une question particulière s'est posée. Conserve-t-il toujours le droit de cultiver si, par exemple, depuis un an, il a laissé le passage en friche ; conserve-t-il toujours le droit de se clore ? En un mot, toute innovation doit-elle être réprimée sans qu'on ait à se demander si c'est simplement l'exercice d'une faculté inhérente au droit de propriété ? La question a soulevé des difficultés (V. Monit. J. de Paix, année 86, p. 10). Mais nous estimons que le juge de paix peut très bien déclarer qu'une innovation ne constitue pas nécessairement un trouble. La concession de servitude n'emporte pas renonciation à la propriété, ni à la possession de l'assiette du passage. Cette partie du fonds se conserve, même sans faits particuliers, par une main-mise sur le reste du fonds. Il n'y a donc pas lieu à complainte si l'innovation ne cause pas de dommage à la servitude et ne la met pas en question (Cpr. A. et R., § 254, p. 98, note 2); et les présomptions doivent toujours, d'ailleurs, être en faveur de la liberté du fonds.

376. — Une difficulté encore se pose à propos du

trouble. Si nous supposons que, conformément à l'article 698, les travaux d'établissement et d'entretien aient été mis à la charge du propriétaire du fonds assujetti, le refus de ce propriétaire, mis en demeure de les exécuter, donnera-t-il lieu à la Complainte ?

Certains auteurs (Wodon, n° 507; Appleton, § 414; Leligois, n° 79) décident qu'il n'y a pas de trouble par omission ; que, par suite, on n'a même pas à se demander si l'action serait réelle ou personnelle. M. Demolombe (949) fait, au contraire, très justement observer que c'est là une véritable servitude accessoire. Tout le monde, en effet, s'accorde à reconnaître dans cette clause une charge réelle qui passe aux propriétaires successifs. Comment dire alors qu'elle ne participe pas du caractère de la servitude principale (V. Pardessus, 67; Marcadé, sur 697-699, n° 1; A. et R., § 253, p. 91, note 11 ; Cass., 3 avril 65, D. 65-1-391). C'est l'application de la tradition romaine (L. 6, § 1-2, « Si servit. vindic. 8, 5 »). Ce n'est donc pas une dérogation au principe que les servitudes ne doivent pas être imposées à la personne (art. 686). Ces servitudes particulières doivent être limitées aux besoins nécessaires de l'exercice de la servitude principale (Pardessus, n° 19; Demol., 677); elles en font en quelque sorte partie intégrante. Par suite, en vertu des principes déjà posés plus haut (n° 374), on doit avoir la complainte.

Mais, dit-on, une simple omission ne saurait constituer un trouble! Nous répondrons que c'est méconnaître la conséquence de l'abstention du propriétaire du fonds servant. Elle empêche le libre exercice de la servitude ; elle réagit en quelque sorte, en fait positif, aux dépens du fonds dominant. Quelle différence y a-t-il, en raison, entre le fait d'obstruer le passage et le fait de le laisser devenir impraticable ? Puis, comme on doit l'entretien à titre de charge réelle, il s'en suit qu'on doit le travail au même titre que l'assiette même du passage. Or, il est incontestable que le refus de laisser le libre accès serait passible de la complainte ; il y a donc une action semblable pour le refus de délivrer un passage praticable (Demol. 949). Et l'on doit

logiquement déduire de ce principe que la complainte n'est possible que pendant un an à partir du jour où la servitude a eu besoin d'entretien. Le possesseur du fonds servant, puisque c'est une charge réelle, doit acquérir la « Possessio libertatis ».

377. — Nous avons déjà vu qu'on pouvait posséder soit au-delà, soit en dehors de son titre ; nous allons présenter ici quelques observations sur la conservation des servitudes et le non-usage.

D'après l'art. 706, le non-usage peut s'appliquer soit à la servitude tout entière, soit la restreindre et la modifier (art. 708). Nous avons remarqué déjà que pour conserver une servitude il n'était pas nécessaire de faire des actes d'exercice chaque année si sa nature ne le comportait pas. C'est un principe applicable notamment à certaines servitudes continues : le droit de prendre de la pierre dans une carrière, le droit de prendre du bois pour les réparations et constructions ne trouve pas nécessairement à s'exercer chaque année et la Possession ne saurait en être perdue que du jour où ayant un besoin certain de la pierre et du bois, on n'a pas exercé la servitude, on est allé se pourvoir ailleurs (Bélime, 166. Demol, 1013, 1014. Aubry et Rau, § 179, note 31).

D'autre part, il faut distinguer au point de vue du non-usage, les servitudes continues et les servitudes discontinues. Pour les premières, les travaux qui servent à leur exercice possèdent eux-mêmes puisque leur essence est de n'exiger aucun fait actuel de l'homme. Ainsi le droit d'irrigation par une rigole de branchement est possédé en vertu de l'existence de cette rigole même, et il n'est besoin d'établir aucun fait particulier de puisage, de curage, de réparation. Ces servitudes à un autre point de vue, si elles sont apparentes, sont possédées accessoirement au fonds dominant. Pour qu'il y ait non-usage en matière de servitudes continues il faut donc un acte contraire. Pour constituer un acte contraire un fait matériel serait incontestablement efficace, par exemple le changement de l'état des lieux, le comblement d'une rigole et à l'inverse la protestation

la plus précise serait inopérante à faire perdre la Possession quand même elle daterait d'une année (Demol, 1006, Cpr. Aubry et Rau, § 255, note 18). Il faut une entreprise et une entreprise posée depuis un an pour faire perdre la Possession. Et il n'importe de qui elle pourra émaner. C'est aussi à partir du jour où l'entreprise est terminée que commence le non-usage (Arg. 642. V. Basnage sur 607 Normandie). C'est de ce jour seulement en effet que date l'interruption de l'exercice de la servitude.

Mais ce serait une erreur que de prétendre qu'une prise d'eau s'exerçant au moyen d'une vanne s'éteindrait par le non usage pendant trente ans, à partir du jour où on aurait cessé de la lever (V. cep. Dupret. Revue Dr. fr. et étr., 46-3, p. 428-429). Si cette opinion était exacte, il s'en suivrait au possessoire qu'on n'aurait la complainte que si on prouvait l'avoir levée depuis un an. Mais une telle opinion transforme une servitude continue en servitude discontinue, et l'art. 707 la condamne formellement (V. Daviel, 3, 786).

Une question vivement controversée est celle de savoir si la servitude se conserve par les simples vestiges (1) de l'état constitutif de cette servitude. Nous croyons à ce sujet qu'on doit accepter la distinction de MM. A. et Rau, § 179, texte et note 28. Supprimée par le fait du propriétaire du fonds dominant (par exemple ayant une servitude d'appui « jus tigni immittendi », il a retiré ses poutres) ou empêchée par des agissements contraires émanant du propriétaire du fonds servant, la servitude ne peut se conserver par simples vestiges. « Il en est autrement, ajoutent MM. A. et Rau, lorsque l'obstacle qui s'oppose pendant un temps plus ou moins long à l'exercice de la servitude provient d'un événement de la nature. En pareil-cas, le non-usage de la servitude étant complètement indépendant de la volonté du propriétaire du fonds dominant, la quasi-Possession est conservée autant qu'elle peut l'être par

(1) Elle se perd évidemment si l'état de choses se trouve entièrement détruit même par cas fortuit, du jour où il y a impossibilité de l'exercer (V. A. et R., § 255, texte et note 6).

le maintien des vestiges d'ailleurs non-équivoques qui attestent l'existence de la servitude et l'intention d'en user dès que les circonstances le permettront. Restreinte à cette hypothèse, la maxime « per signum retinetur signatum » suivie par nos anciens auteurs nous paraît parfaitement exacte (V. d'Argentré sur 266, 271 et 368, Bretagne, Duparc-Poullain, Liv. 3, chap. 17, n° 30; Pothier, Introd. Cout. Orléans, n° 19; Cpr. Pardessus, 2, 308; Demol., 12, 1012).

Pour les servitudes discontinues (1), apparentes ou non, la perte de la possession (Arg., art. 707) court du jour où l'on a cessé d'en jouir, c'est-à-dire du dernier fait qui en constituait l'exercice. Elle court, à plus forte raison, du jour où il a été posé des faits contraires, si par exemple, on a comblé le puits, obstrué le passage sur lesquels la servitude s'exerçait. La nécessité de faits persistants et d'exercice répété est une exigence en plus. Il suit de là que pour un droit de passage qui s'exerce par une porte dans une clôture, l'existence de la porte ne conserve pas la servitude (2). Mais si l'exercice était devenu impossible par un événement de la nature, les vestiges non équivoques, conformément à ce que nous avons dit plus haut, conserveraient la possession (A. et R., § 179, note 9; Leligois, n° 103). Si, par exemple, au cas de servitude de puisage, la source est sujette à intermittences et qu'elle ait été tarie pendant un an, la possession sera néanmoins conservée pourvu que le sentier qui y conduisait ait été maintenu (Cpr. A. et R., § 255, note 8). On peut dire que tant que le fonds servant respecte les vestiges, il y a conservation de la possession, mais ces vestiges sont essentiels (3).

(1) Quid si l'usage n'a pas commencé pour les Servitudes continues et apparentes? V. supra ce que nous disons des Servitudes négatives et affirmatives. Pour les Servitudes continues non apparentes, la quasi possession existe par l'abstention; elle se perd par un acte contraire au titre posé depuis un an.

(2) Il faut des faits de passages effectifs, mais cela doit être largement entendu, le fait seul de la visite d'un ami conserverait la possession du passage « Satis et fundi nomine itum esse (Celsus) » L. 5 et 6 pr. 18, 21, 22, 23, « Quemad. servit amitt. » 8, 6.

(3) Telles sont les indications indispensables que nous croyons devoir

378. — Les servitudes personnelles, l'usufruit, l'usage, l'habitation peuvent-ils faire l'objet d'une Action Possessoire ?

Nous nous contenterons d'observer ici que tous ces droits sont susceptibles de prescription (V. pour l'usufruit Demol., 10, 241. A. et Rau, § 227, note 1. Troplong, 2, 853, pour l'usage, Demol., 10, 760), et par suite qu'ils peuvent être l'objet d'une possession annale utile qui sera protégée par la complainte. (A. et R., § 185, texte et note 16 et 17).Nous nous contentons de renvoyer pour le surplus à ce que nous avons dit nos 311 et suiv.

379. — Il existe à côté des servitudes des droits d'usage qui en diffèrent en ce qu'ils ont pour mesure les besoins de l'usager et qu'ils ne sont pas attachés directement à un fonds, mais qu'ils dépendent le plus souvent d'une condition d'habitation. Ces usages, en ce qui concerne la possession et la prescription acquisitive doivent être assimilés aux servitudes personnelles. C'est ce qui résulte de la place occcupée par eux, art. 636, dans le chapitre qui traite des droits d'usage et d'habitation. Et d'autre part,la loi du 28 Ventôse an XI, et l'art. 1er de la loi du 14 Ventôse an XII, admettent que la possession peut, comme le titre, fonder des droits d'usage dans les forêts (V. Aubry et R., § 185, note 18).

Telle n'est pas l'opinion de Curasson, n° 706, d'après lequel on devrait reconnaître des usages « non-seulement dans l'affouage, dans la faculté de prendre dans les forêts telle espèce de bois pour le chauffage ; le droit de pacage ou de glandée pour la nourriture des porcs, mais encore dans le droit d'extraire de la pierre et de la tourbe ou de la marne; dans le pacage des bestiaux sur l'héritage d'autrui ». Il n'y aurait donc en quelque sorte de différence entre les servitudes et les usages que celle qui résulterait de la dispense de contiguïté, et de ce que le droit d'usage ne se-

présenter sur les Servitudes réelles. Nous sommes loin d'avoir épuisé un des points les plus difficiles d'une matière féconde en controverses.

rait pas essentiellement lié à un fonds dominant. (V. Leligois, n° 9. V° Usage réel. V. aussi dans un sens également erroné Proudhon, Usufruit, 8, 3643).

Cette conception n'est pas exacte, les droits d'usage constituent de véritables droits de jouissance commune, ils confèrent la faculté de recueillir une partie des fruits à titre de droit réel. Toutefois la jurisprudence offre une série de décisions contradictoires et ne paraît pas encore fixée sur le caractère des usages (V. Pand. fr. V. Act. Poss. n° 479).

C'est à titre d'usage réel que l'habitant (Cass. 5 août 72. D. 72. 1. 408), jouit des biens communaux, qu'il peut mener paître ses bestiaux sur les pâturages de la commune.— Les droits d'usage dans les forêts constituent aussi des droits d'usage réel. — La Cour de Cassation considère l'affouage « comme un mode particulier de jouissance de la chose indivise », et décide que l'exercice du droit d'affouage n'est que l'exercice même du droit de propriété. (Cass. 18 juill. 61. D. 62. 1. 85. 24 févr. 74. D. 74. 1. 223). Par suite les habitants ont la complainte pour se faire maintenir au rôle d'affouage (1). (V. Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, II, p. 464, note a). — Il existe aussi sur les forêts des usages en bois et des droits de passage ou de pacage, mais ces droits ne peuvent s'exercer que sous certaines conditions de délivrance (For. 79. 112. 120) et dans les cantons déclarés défensables seulement (art. 67 et suiv.); sinon, l'usager encourrait des pénalités prévues par les art. 76, 79 (2). Or une Possession délictueuse est inefficace pour fonder une Possession utile (V. Aubry et Rau, § 185, texte et note 22. Bélime, 306. Troplong, 404-406. Cass. 11 mai 70. D. 71, 1. 62.)

Une question s'est posée analogue à celle que nous

(1) Les réglements municipaux ou administratifs selon les cas ne déterminent le mode de jouissance des biens communaux que sauf le droit de propriété et de possession des tiers qui restent exclusivement dans le domaine de l'autorité judiciaire.

(2) Dans l'opinion des auteurs qui voient dans les usages réels des servitudes discontinues, il faudra en toute hypothèse un titre et l'on devra suivre, avec l'exigence de la délivrance en plus, toutes les régles que nous avons posées plus haut.

avons déjà rencontrée à propos de la servitude discontinue et qui consiste à rechercher si l'usager peut posséder et prescrire contre son titre. C'est l'objet de vives controverses, nous ferons seulement remarquer que toutes les raisons produites en faveur du possesseur d'une servitude discontinue s'appliquent « a fortiori » à l'usager qui n'est à aucun point de vue un détenteur précaire, qui est une sorte de communiste (V. en ce sens Aubry et Rau, § 217, texte et note 6).

380. — Nous devons donner quelques indications spéciales sur la vaine pâture auxquelles une loi récente du 9 juillet 1889, donne un intérêt particulier. On appelle vaine pâture le droit d'envoyer les troupeaux sur les terres après les récoltes, avant les semailles. On distinguait avant la loi nouvelle la vaine pâture communale existant au profit de tous les habitants d'une commune sur leur propriétés respectives et la vaine pâture entre spécial existant entre propriétaires à titre de droit particulier. La vaine pâture de commune à commune s'appelait parcours, entrecours ou marchage. La loi récente a aboli complètement le droit de parcours (art. 1[er]) sauf indemnité au cas de titre. La vaine pâture appartenant à la généralité des habitants et s'appliquant à la généralité du territoire d'une commune ou d'une section de commune a été également abolie (art. 2). Toutefois, dit ce même article « dans l'année de la promulgation de la présente loi, le maintien de la vaine pâture fondée sur une ancienne loi ou coutume, sur un usage immémorial ou sur un titre, pourra être réclamé au profit d'une commune ou d'une section de commune, soit par délibération du conseil municipal, soit par requête d'un ou plusieurs ayants-droit adressée au préfet. — La vaine pâture ne saurait donc plus être sans difficulté fondée que sur un titre conventionnel ou légal ou sur un usage continué sans interruption depuis un temps immémorial. La loi tranche aussi certaines controverses qui s'étaient élevées à propos de la vaine pâture. Elle décide que si le droit est maintenu il ne pourra s'appliquer aux prairies naturelles ou artificielles, ni aux terres cultivées de quelque ma-

nière que ce soit jusqu'à l'enlèvement de la récolte (art. 5) (1). Le droit absolu de clôture est aussi reconnu à l'état de faculté imprescriptible (art. 6) et la loi donne des indications précises sur la clôture qui sera considérée comme suffisante pour faire obstacle à la vaine pâture (Cpr. L. 28 sept.-6 oct. 1791. Titre 1re sect. IV, art. 6).

Il résulte, avec évidence, de cette loi qu'on n'a pas entendu s'occuper de la vaine pâture entre particuliers. Cette vaine pâture reste donc soumise aux règles anciennes. Comme aucun texte ne la reconnaît à l'état d'usage réel, elle ne saurait exister qu'à l'état de servitude ordinaire. C'est une variété de la servitude de pacage; elle doit donc nécessairement être fondée sur un titre.

381. — Nous avons considéré, comme des droits d'usage et de jouissance spéciaux, les droits qui appartiennent aux particuliers en cas de précaire administratif, résultant de concession expresse ou même de simple tolérance. Et nous avons admis qu'ils pouvaient faire l'objet d'une action Possessoire. Mais il nous reste à examiner deux droits d'usages spéciaux, forts différents du précaire administratif, existant en faveur des particuliers sur le domaine public.

1° Quelle est la nature du droit du riverain qui a une propriété en bordure sur la voie publique et qui a, sur cette voie publique, des vues, des issues, qui profite en un mot de ce qu'on appelle les aisances résultant du voisinage de cette voie publique? Est-ce un droit de servitude? Est-ce un droit « sui generis »? En tout cas, est-ce un droit immobilier pouvant donner lieu à la complainte, si en raison du déclassement ou de travaux d'exhaussement, par exemple,le riverain se trouve privé des avantages qu'il possédait? Tout le monde s'accorde à reconnaître qu'il est dû indemnité au riverain dépossédé (Cpr. Cons. d'Etat 8 déc. 76, D. 77-3-10 ; Demol., 2-699. — V. Poux-Lagier et Pialat

(1) Cpr. Cass. 28 avril 73 D. 74, 1, 174. Bourbeau 382. Wodon 542. C'était la solution de la doctrine et de la jurisprudence.

sur Curasson II, p. 208, note a). Et un certain nombre d'arrêts ont admis qu'il s'agissait d'une véritable servitude ou tout au moins d'un droit « sui generis », immobilier possédé « jure quodam servitutis », résultant de la situation des lieux et de la loi sans qu'il fût nécessaire, pour le faire valoir, d'invoquer un titre ou une prescription (1) (Cass., 3 mai 58, D. 58-1-276; Cass., 5 janv. 69, D.69-1-12. — Orléans, 5 mars 69, D. 69-2-217. — Caen, 14 nov. 74, D. 76-2-84.

Mais évidemment ce droit réel est soumis (arg. art. 686) aux restrictions que sa nature comporte, et l'administration ne saurait avoir les mains liées. Elle peut entreprendre librement tous les travaux publics qu'elle jugera nécessaire et l'autorité judiciaire n'aura pas à en ordonner la cessation. Mais par analogie avec ce que nous avons décidé au cas de délimitation des chemins et des cours d'eau, elle pourra connaître de l'indemnité, et l'action possessoire sera très valablement introduite dans notre hypothèse ; mais son but sera seulement de faire reconnaître la Possession aux fins d'indemnité (2).

2° L'habitant n'a-t-il pas encore sur le domaine public en dehors du cas de précaire administratif, un droit d'usage particulier et ne peut-il agir « proprio nomine » pour la défense de ce droit propre ? A-t-il un intérêt distinct de celui de la commune et de la généralité des habitants à la conservation du domaine public ? La question s'est posée à propos d'un chemin vicinal et un arrêt de Cass. du 3 juin 1872 ; D. 72. 1-236 a décidé que les propriétaires de parcelles de terrain desservies par ce chemin (dont le caractère public était d'ailleurs certain, d'après les constatations de l'arrêt frappé de pourvoi) pouvaient agir non pas seulement

(1) L'Ancien Droit admettait les aisances comme droits réels (Domat, Dr. publ., L. 1, sect. 2; Ferrières sur 200, Paris). Le droit de préemption reconnu aux propriétaires riverains, montre que l'Etat estime qu'il doit garantie à ces riverains; le quasi contrat est donc incontestable.

(2) Il y a divergence à ce sujet entre les deux jurisprudences et il n'est pas encore intervenu d'arrêts du Trib. des Conflits qui aient tranché la controverse comme dans le cas indiqué plus haut (V. Poux L. et Pial, loc. cit.; Demol., 701.

au nom de la commune et en exerçant son action dans les termes de l'art 49, § 3 de la loi du 18 juill. 1837, mais « proprio nomine » en invoquant un droit de passage sur le chemin public, et sans que d'ailleurs cette action préjudiciât en rien aux droits de la commune (Cpr. Cass., 69, cité plus haut. — V. Poux-Lagier et Pial sur Curasson, 2, p. 459, note a).

Et un arrêt de Besançon a même décidé que la contiguité immédiate n'était pas nécessaire (Besançon, 9 janvier 63 ; D., 63, 2, 35).

Ces solutions sont critiquées par Wodon (329,332), et Appleton (§ 491), qui ne voudrait admettre l'action possessoire qu'autant qu'on pourrait considérer le chemin comme une aisance immédiate dans les termes de la précédente hypothèse.

Elles nous paraissent, au contraire, à l'abri de toute critique du moment où l'on admet la théorie que nous avons indiquée plus haut à propos de la nature du droit de l'Etat ou des communes sur le domaine public. Si l'Etat n'a qu'un pouvoir d'administration supérieure, il s'en suit naturellement que le domaine public est l'objet d'une sorte de possession commune de tous et que chacun, comme un communiste ordinaire, peut agir pour réprimer les abus de jouissance du co-ayant-cause ou les empiètements des tiers. Cette théorie, beaucoup plus large et plus libérale, est aussi très pratique ; elle permettra d'agir rapidement sans être obligé de recourir à chaque instant à la tutelle administrative, et dans des cas où souvent l'administration, ne voyant en jeu que l'intérêt d'un petit nombre d'habitants, opposerait une force d'inertie insurmontable.

382. — Pour conclure sur cette théorie générale des divers démembrements de la propriété, des diverses servitudes « lato sensu », qui peuvent faire l'objet des actions possessoires, nous donnerons quelques explications à propos des actes de pure faculté. Les facultés inhérentes à la propriété ne sont pas des droits distincts de cette propriété ; elles n'en sont que les diverses manifestations, et sont possédées par cela seul qu'on possède le fonds, objet de la propriété ; ainsi

chacun peut planter sur son terrain, y bâtir, y faire des fouilles ; il ne saurait être acquis en principe de possession contre elles (art. 2232). Jamais, par suite, le voisin n'aura l'action Possessoire à l'effet de faire maintenir l'état de choses existant. Jamais il ne pourra se dire troublé par l'exercice d'une faculté inhérente à la propriété, qui n'est pas expressément prohibée par les règles du voisinage. C'est ainsi que nous avons constaté, chemin faisant, que la faculté d'opérer des fouilles, dûssent-elles faire tarir la source du voisin, était imprescriptible et que son exercice ne pouvait donner lieu à la complainte; de même la faculté de bâtir contre les jours de souffrance et de les boucher.

Et il n'importerait que le voisin se trouvât privé d'un avantage ; ainsi la destruction d'un mur non mitoyen, et qui néanmoins servait de clôture à ce voisin, ne donnera pas lieu à la complainte. Mais ces facultés se perdent par la reconnaissance d'un droit formel. Il y a alors création d'une servitude négative.

Les facultés légales doivent être aussi considérées comme imprescriptibles par le non-usage (V. A. et R., § 772, note 2). Ainsi la faculté d'acquérir la mitoyenneté (A. et R., § 222, note 57), la faculté de demander le bornage. Ces facultés, d'autre part, ne peuvent être abandonnées, la renonciation qu'on y ferait serait nulle. On ne peut concevoir de servitude valable en comportant renonciation. (Cpr. Cass. 11 juill. 77, D. 77-1-424 ; 26 juill. 82, D. 83-1-348).

Bien différentes sont les facultés conventionnelles. Ces facultés sont susceptibles de s'éteindre par le non-usage pendant trente ans (A. et R., § 772, note 1). Elles donnent donc origine à une Possession utile, sous le bénéfice des observations que nous avons présentées à propos des servitudes affirmatives et négatives du trouble possessoire et du non usage (n° 373-377).

Il résulte de ces considérations que le Droit civil Français n'a pas, à l'infini, multiplié les démembrements artificiels de la propriété. Plus large que le Droit Romain dans sa conception de la quasi-Possession, il a su revenir à la théorie romaine, qui s'en était

tenue à l'analyse même du droit de propriété pour reconnaître les droits réels. Il s'est heureusement débarrassé, pour la plus grande partie, des éléments parasites que le Droit Canonique et le Droit Féodal, sous l'influence des nécessités du moment, y avaient arbitrairement ajoutés.

CHAPITRE X

COMPÉTENCE ET PROCÉDURE

383. Compétence absolue des juges de paix. — 384. Le juge de paix compétent est le juge de la situation des lieux. — 385. Citation. Formes. Demandes. — 386. Du défaut. — 387. Débat contradictoire Exceptions et demandes reconventionnelles. — 388. De l'instruction et des preuves. — 389. Du jugement. — 390. Transition. — 391. Principe du non-cumul du possessoire et du petitoire. Généralités. — 392. Origine et portée du principe. — 393. Cumul dans le dispositif. — 394. Cumul dans les motifs. 395. Apréciation des titres. — 396. Controverse. — 397. Exposé de notre théorie sur l'appréciation des titres. — 398. Préséance du Possessoire sur le Pétitoire. — 399. Suite. — 400. Suite. — 401. Effets du jugement possessoire. — 402. Influence du jugement possessoire sur le pétitoire. — 403. Conséquences de la non-exécution du jugement possessoire.

383. — Les Actions Possessoires sont, en première instance, de la compétence des juges de paix et, en appel, des tribunaux civils (Art. 3 Pr.; art. 6, n° 1 de la loi du 25 Mai 1838. — V. aussi L. 16-24 Août 1790, titre 3, art. 10, n° 3). Cette compétence est absolue, exclusive; le vœu positif du législateur est que ces actions soient renfermées dans le cercle infranchissable de ces deux juridictions. Si donc une Action Possessoire était introduite, en première instance, devant le Tribunal civil, il en résulterait une fin de non-recevoir, qui ne pourrait être couverte même par une déclaration expresse de prorogation et le tribunal devrait la prononcer d'office; l'exception d'incompétence qui en résulterait pourrait être produite en appel; elle pourrait être proposée pour la première foie devant la Cour de Cassation (A. et R., § 186, texte et note 2; Carré-Chauveau, Quest., 117 bis; Carou, 602; Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, n° 717, note *b*). La règle doit être appliquée dans toute sa rigueur aussi bien aux questions possessoires incidentes qui pourraient surgir pendant l'instance pétitoire engagée devant le Tribunal civil (A. et R., loc. cit.). Le juge du pétitoire, comme nous l'avons constaté, peut sans doute prendre *les mesures provisoires* que commanderont les circons-

tances, pour assurer la garde et la conservation de l'objet litigieux (art. 1961); mais ce n'est pas là un pouvoir de décision au possessoire. C'est donc au juge de paix seul, par exemple, qu'il appartiendra de connaître de la demande en suppression de travaux qui auraient pour conséquence de boucher des ouvertures sur le caractère desquelles on discuterait au pétitoire.

Mais, à l'inverse, le juge de paix est absolument incompétent pour le pétitoire. Cette incompétence est absolue, insurmontable et doit être relevée d'office (A. et R., § 186, p. 138, note 4; Bélime, n° 437 et suiv.); d'autre part, la juridiction du juge de paix ne saurait être prorogée en matière réelle. Ce serait, d'ailleurs, donner au mot prorogation un sens trop compréhensif, car, proroger la compétence, c'est étendre les limites d'une compétence déjà existante; au contraire, vouloir saisir les juges de paix de matières pétitoires dont la connaissance leur est interdite, c'est vouloir créer une compétence qu'ils n'ont pas (1).

Il ne peut non plus être statué par le juge de paix sur aucune question pétitoire qui pourrait surgir incidemment à une instance possessoire se déroulant devant lui.

Les parties ont, du reste, le droit, dans les deux hypothèses que nous venons d'examiner, de saisir le juge de paix à titre d'arbitre. Mais la décision qu'il rendrait ne serait pas un véritable jugement (Cass., 26 Mai 52; Sir., 52, 1, 494); elle aurait besoin d'être homologuée pour devenir exécutoire; elle serait soumise, en un mot, aux règles ordinaires des compromis et des arbitrages.

Mais tout le monde reconnaît que les parties peuvent, en matières possessoires, comme en toutes autres, renoncer à l'appel de la décision du juge de paix.

384. — Le juge de paix compétent est le juge de la situation de l'objet litigieux (art. 3, n° 2 Pr.). Et l'ob-

(1) On peut tirer un argument d'analogie du Droit romain, qui distinguait les juges délégués « usque ad certam summam » et ceux dont la compétence était bornée « ad certum genus causarum »; ces derniers ne pouvaient être autorisés à statuer par prorogation.

jet litigieux c'est l'immeuble du défendeur, c'est l'immeuble objet du trouble qui occasionne l'action possessoire. La cause du trouble ne saurait être prise en considération. Aussi l'on s'accorde à condamner la théorie d'un arrêt de cass., 25 juin 44 (V. Dall., Act. poss., 591), qui a décidé que le trouble causé à des riverains en aval par la surélevation du barrage d'une usine placée dans le canton voisin devait nécessairement être portée devant le juge de paix de ce dernier canton (V. Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, II, p. 472, note a). Et, du reste, l'incompétence est relative et il faut que le déclinatoire soit proposé avant toute autre défense (art. 168, 169, Pr).

Mais, évidemment, le juge de paix compétent ou le juge de paix devant lequel l'incompétence relative est couverte, ne peut procéder en personne hors de son canton. C'est là un cas d'incompétence territoriale proprement dite. Ainsi, dans l'hypothèse citée plus haut, le juge de paix n'eût pu procéder à une enquête sur le lieu même où se trouvait le barrage. Il eût dû commettre le juge de paix du canton voisin, nommer un expert ou procéder à l'enquête à son tribunal.

Si, d'ailleurs, il y avait incertitude sur la limite du ressort judiciaire, ce n'est pas au juge de paix qu'il appartiendrait de fixer sa compétence par l'interprétation des actes administratifs ; il devrait renvoyer devant l'autorité administrative pour la reconnaissance des limites des communes limitrophes (Cass. 6 juill. 72, D. 72-1-442; Chauveau, quest. 709).

Enfin, on peut supposer que l'immeuble litigieux s'étende sur deux cantons ; c'est une forêt, par exemple. Il a été jugé que chaque juge de paix serait compétent pour la partie située dans sa circonscription (Cass. 6 mai 46, D. 46-1-367). Cette solution paraît incontestable si le trouble ne porte que sur une partie de l'immeuble, limitativement contenue dans une des circonscriptions. Mais si la partie litigieuse s'étend sur les deux cantons, s'il s'agit par exemple d'un droit d'usage réclamé sur la forêt tout entière, s'il s'agit d'un aqueduc, passant sur les deux circonscriptions,

quel juge de paix sera compétent? Certains pensent que celui-là est compétent qui a, dans sa circonscription, la partie principale; nous préférons décider que la compétence est facultative et que le juge, premier saisi, pourra connaître de la complainte (Cpr. Poux-Lagier et Pialat II, p. 72, note a).

Il résulte du caractère relatif de l'incompétence que le juge de paix n'a pas à se déclarer d'office incompétent, ne fût-il pas le juge de la situation, sauf si le défendeur fait défaut, mais non s'il conclut sans opposer le déclinatoire. Sa comparution et son silence suffisent sans prorogative expresse. L'art. 7 Pr. ne doit pas s'appliquer ici. Il ne vise que le cas de comparution volontaire. On reste, pour notre hypothèse, dans les termes du droit commun (Arg. anal. 482). Et, du reste, qui peut le plus, peut le moins, une prorogation expresse pourra couvrir le vice dont nous nous occupons.

385. — Comme toutes les autres actions de la compétence du juge de paix, les actions Possessoires ne sont pas soumises au préliminaire de la conciliation. Mais, avant la citation, il faut, conformément à l'art. 17 de la loi du 25 mai 1838 et de la loi du 2 mai 1855 (V. aussi L. 23 août 71, art. 21), que le juge de paix entende les parties sans frais.

L'huissier ne peut donner citation avant ce préliminaire, sauf le cas où le demandeur est domicilié hors du canton, sauf aussi le cas de célérité et, dans cette dernière hypothèse, il faut la permission du juge (L. 10 avril, 2 mai 1855, art. 2). Si les parties comparaissent devant le juge de paix sur un simple billet d'avertissement, le juge ne peut être saisi légalement comme juge que, conformément à l'art. 3 Pr., par la déclaration expresse et signée des parties.

La citation peut être donnée par un huissier quelconque du canton (art. 16, loi 25 mai 1838). Elle interrompt la prescription (art. 2244 civ.), même si elle est formée devant un juge de paix incompétent (art. 2246).

Une remarque générale doit être faite à propos de la citation : c'est que, devant le juge de paix, les nullités doivent être restreintes autant qu'il est possible.

Excepté au cas d'une citation absolument informe n'indiquant pas même l'objet de la demande, l'assignation doit être dite à bonne cause sauf au demandeur à rectifier ses prétentions en cours d'instance (V. Bourbeau 449). Les indications que nous allons donner sur ce que doit renfermer la citation, sont donc plutôt les règles d'une procédure régulière que des exigences à peine de nullité. — Le demandeur doit articuler sa Possession annale (1) et en offrir la preuve, indiquer les circonstances du trouble et demander maintenue. A côté de ces indications essentielles, il peut y avoir demande en dommages-intérêts, demande de remise des choses en leur premier état et demande en destruction de travaux ; on avait controversé autrefois si le juge de paix pouvait ordonner cette destruction mais on s'accorde aujourd'hui à lui reconnaître ce pouvoir.

Quant au chef de demande souvent inséré : défense de troubler à l'avenir, c'est une clause de style surerogatoire et le juge fera mieux de ne pas l'admettre, bien que la jurisprudence décide qu'elle ne vicie point le jugement (V. Bélime, 429. Carré Chauveau, Quest. 124. — Poux-Lagier et Pialat II, 474, note a).

Nous avons vu le concours successif de la complainte et de la réintégrande, il est évident qu'on peut dans une seule action demander la réintégrande par voie principale et la complainte par voie subsidiaire. De même on peut cumuler la D. de N. Œ. et la Complainte (V. Cass. 18 nov. 73. D. 75-1-413). — Mais on ne saurait par exemple cumuler la complainte et la revendication ; cela est d'évidence (A. et R. II, p. 137, note 4. Bélime, n° 437 et suiv.). Et dans ce cas le juge devrait admettre les chefs de complainte et rejeter les chefs de revendication.

Du reste, il faut que toute demande nouvelle soit formée par voie de citation, il s'en suit qu'on ne pourrait par voie de conclusions introduire la complainte à

(1) En cas de reintégrande, il suffit d'articuler la détention et d'en offrir la preuve.

la place de la réintégrande, mais on peut introduire une réintégrande à la place de la complainte, car ce n'est que la restriction de la demande. Mais d'ailleurs, le juge peut apprécier à quelle action exactement la citation s'applique; il n'est pas obligé de se déclarer incompétent à raison d'expressions improprement employées. Les offres surabondantes de preuve ne sauraient non plus modifier l'Action.

386. — Si les deux parties font défaut, le juge de paix n'a pas de décision à rendre, lui eût-on remis la citation comme il est d'usage. Il n'y a pas de mise au rôle devant les Justices de Paix, partant pas de radiation. Mais l'assignation ne vaudrait pas pour l'audience suivante, sauf aux parties à couvrir cette nullité. Si le demandeur ne se présente pas, mais le défendeur seul; ce dernier peut conclure défaut-congé (Curasson, 717). Mais tout le monde reconnait qu'il ne pourrait prendre de conclusions reconventionnelles à moins qu'il ne les eût signifiées d'avance. — Si c'est le défendeur qui fait défaut, le demandeur peut obtenir condamnation si la demande se trouve *juste et bien vérifiée* (Arg. art. 150). Il est vrai que l'art. 19 n'ajoute pas cette même mention, mais elle est de bon sens et on ne saurait que blâmer la précipitation de toutes les juridictions à admettre les défauts sans aucune espèce d'examen, même sommaire (Curasson, 718. Bélime, 418. Carré Chauveau, Quest. 89 et 110).

387. — Si les parties comparaissent, il y a débat contradictoire. Le cas le plus simple, c'est quand un défendeur reconnaît le trouble et ne méconnaît pas d'autre part la Possession annale de son adversaire. Cet aveu est autrement énergique que la présomption résultant du défaut et le juge sans autre examen doit adjuger les conclusions du demandeur.

Mais il arrive d'ordinaire que le cité discute les prétentions du demandeur, il peut opposer l'incompétence absolue ou l'incompétence relative dont nous avons parlé, ou la nullité de la citation, il peut enfin contester au fond la recevabilité, comme le bien fondé de l'action, soit parce qu'il s'agit d'un objet insusceptible d'action

possessoire dans le premier cas, soit parce qu'il objecte qu'il n'y a pas trouble dans le second cas. Il peut enfin former des demandes reconventionnelles qui ne peuvent d'ailleurs pas plus violer la règle de la compétence et du non-cumul qui la demande principale. Il peut présenter en un mot tous les moyens de défense qui n'engagent pas la question pétitoire (1).

La demande reconventionnelle peut d'ailleurs être formée jusqu'à la mise en délibéré et elle sera recevable sur opposition à un jugement par défaut, même en appel (arg. art, 464 Pr.).

D'autre part, la contre-reconvention « ex eadem causa » est admissible, mais non la reconvention « ex diversa causa », car le demandeur ne peut introduire de demande nouvelle que par assignation et voie principale.

Les actions possessoires peuvent mettre en mouvement des questions de garantie, il peut y avoir intervention, mise en cause. Nous avons déjà traité les principales questions qui concernent ces points en parlant de la Réintégrande et de l'intervention du bailleur sur une action dirigée contre le fermier, nous n'y reviendrons pas ; nous avons vu l'exagération de la jurisprudence qui admet qu'on puisse assigner en complainte le fermier et même l'ouvrier en cette qualité. Nous pensons avec Bélime (406-407) qu'il est difficile d'accepter en pure logique que ces citations couvrent la déchéance vis-à-vis du possesseur même.

Une seule question demande quelques explications spéciales. Supposons que la citation en complainte soit dirigée contre l'acheteur d'un immeuble (2), la garantie est de droit (art. 884, 1626 et 1707) pour tout ce qui concerne les troubles et évictions résultant d'une cause antérieure à la vente et au partage. Et il est évident que la libre possession fait partie des choses qui doivent

(1) Nous avons remarqué déjà que la complainte ne peut être opposée comme demande reconventionnelle à la Réintégrande.

(2) La question est la même pour l'échange et le partage que pour la vente.

être délivrées et garanties. Si donc l'acheteur est actionné à raison de troubles commis avant son entrée en jouissance par le vendeur ou son fermier, il peut l'assigner en garantie — De même si voulant exercer des droits qu'il croit tenir de son contrat, il est poursuivi en complainte, si par exemple il prétend se clôturer et qu'on lui réclame une servitude de passage. Mais l'Action en garantie ne doit prospérer que si l'on se trouve dans l'année même de la vente, du partage, ou de l'échange. Au bout de ce temps l'acquéreur ou l'ayant-cause ayant une Possession propre, c'est à lui de la conserver et de la défendre (V. cep. distinction proposée par Poux-Lagier et Pialat, II, p. 498, note a).

388. — C'est au demandeur qu'il appartient de prouver sa Possession annale et qualifiée et le fait de trouble dont cette Possession a souffert (Bourbeau, 428). Et faute de cette double justification il devrait être débouté de sa demande. En cas d'exception et de demande reconventionnelle, c'est au défendeur à en faire la preuve : « reus excipiendo fit actor ». Il faut toutefois apporter à ces principes les restrictions indiquées à propos de la complainte négatoire (V. n° 373 et Jugement d'Annecy).

La preuve qui incombe au demandeur étant la preuve d'un fait, la Possession; d'un acte, le trouble; l'art. 1341 ne trouve pas d'application et en principe (sauf ce que nous dirons à propos du non-cumul pour les titres) ce demandeur pourra invoquer la preuve par témoins, les présomptions, l'état des lieux, les titres. Le titre peut être décisif, s'il constitue une véritable reconnaissance des faits de Possession, s'il s'agit par exemple de la délivrance consentie à un usager. L'aveu, le serment portant sur les faits de possession peuvent être admis (V. Bélime, 412. Bourbeau, 427. Appleton, § 304).

On peut d'ailleurs conclure et le juge peut ordonner des avant faire droit. Il peut rendre des jugements préparatoires et interlocutoires. Il importe de remarquer que les jugements même interlocutoires ne lient pas le juge, il reste libre quant à la décision du fond, mais ils ne peut revenir sur des moyens d'instruction

qu'il aurait une fois expressément rejetés (Cass. 4 juin 72. D. 73. 1. 486). La distinction des interlocutoires et des prépatoires n'est importante qu'au point de vue de l'appel, et il est essentiel si on veut conserver l'appel sur l'interlocutoire de ne l'exécuter que sous réserves expresses (1).

Ceci posé, le juge de paix est libre d'ordonner selon les cas une enquête, une expertise, une visite de lieux. Il n'est pas besoin d'entrer à ce sujet dans les détails particuliers, remarquons seulement que l'art. 26 pr. décide que l'enquête ne doit pas porter sur le fond du droit, ce qui n'est que l'application des principes généraux du non-cumul. Enfin les enquêtes sont faites avec une grande simplicité de formes et ne sont soumises à aucune nullité (Rodière, 2, p. 33).

389. — Le jugement définitif comprend la maintenue; il peut aussi contenir la défense de troubler à l'avenir. Mais comme nous l'avons constaté, c'est là un chef surérogatoire. Il peut aussi contenir le rejet de toutes les fins de non-recevoir; il n'est pas besoin qu'il soit statué sur elles par un jugement séparé. Dans aucun cas, le juge ne peut déclarer suffisantes et admissibles les offres faites, par le défendeur, de substituer à un état de choses, justement critiqué, un « modus vivendi » également avantageux aux deux parties, sans qu'il y ait cumul. — D'après ce que nous avons dit, la complainte n'est pas un préalable à la revendication; c'est une instance absolument indépendante. Le juge ne saurait donc se laisser guider par les mêmes considérations que le juge pétitoire; il doit exclusivement s'en tenir à la Possession telle qu'elle est établie. Par suite du même principe, nous déciderons qu'il doit nécessairement ordonner le rétablissement des choses en l'état où elles se trouvaient avant le trouble et la destruction nécessitée par ce rétablissement. (V. Cass. 28 janv. 79, S. 80-1-15) Les demi-mesures proposées par Bélime, 365 et suiv.; Pardes-

(1) Le juge de paix doit rendre son jugement définitif dans les quatre mois de la prononciation de l'interlocutoire, sinon il y a péremption de plein droit (proc. 734. Curasson, I. p. 228.)

sus, 327; Troplong, 328, sont absolument arbitraires. Fût-il établi que la prescription n'est pas acquise au Possesseur annal et que son triomphe ne sera qu'éphémère, on ne peut surseoir à la démolition. Qui ne voit, en effet, que précisément une pareille certitude ne saurait exister légalement, puisque le juge de paix ne peut apprécier le fond du droit? Un semblable argument ne va à rien moins qu'à lui permettre le cumul, d'une façon absolue, chaque fois qu'il le jugera nécessaire; autant alors supprimer le Possessoire. Ces systèmes viennent aussi se heurter invinciblement à l'objection qu'on peut tirer de ce que la loi exige qu'on ne soit reçu au pétitoire qu'après avoir satisfait aux condamnations Possessoires. Le même raisonnement doit faire repousser le moyen terme admis par certains arrêts, et d'après lequel le juge de paix peut n'ordonner la destruction des travaux qui causent le trouble, qu'autant que le troublant ne se serait pas pourvu au pétitoire dans un délai qui lui est imparti (V. Cass. 6 déc. 71, D. 72-1-136; V. Poux-Lagier et Pialat II, p. 477 (1). Nous avons vu aussi que la Récréance n'était pas admissible (V° n° 262 et suiv.). Et, du reste, il faut que la destruction ait été spécialement conclue, sinon le juge statuerait « ultra petita ».

Dans le cas où il y a eu, non-seulement trouble, mais dépossession, le jugement peut condamner, non-seulement au délaissement, mais à la restitution des fruits.

Le juge peut aussi prescrire les mesures propres à empêcher le renouvellement du trouble, par exemple la création d'un réservoir pour empêcher une inondation. Il ne peut, d'ailleurs, faire un règlement d'eaux, et s'il s'agit de travaux publics, il doit se borner à constater la Possession annale, sans pouvoir ordonner quoi que ce soit contre les actes administratifs (Cass. 23 juill. 79, Siv. 80-1-172).

(1) Le juge peut agir par contrainte. Mais ne peut-il pas faire détruire les travaux « manu militari »? Il y a controverse. — V. pour l'affirmative Demol. Contrats 24, 491: Contra : Larombière, art. 1142, n° 3. Il peut, d'ailleurs, si les travaux sont sur le fonds de celui qui obtient jugement, lui permettre d'opérer cette destruction aux frais de celui qui succombe.

Enfin, le jugement est toujours susceptible d'appel (1).

390. — Telles sont les indications très sommaires que nous croyons devoir fournir sur la procédure purement externe (2). Nous donnerons de plus amples détails sur les points suivants qui touchent en quelque manière autant au fond qu'à la forme ; nous parlerons successivement du non-cumul du possessoire et du pétitoire, de la préséance du possessoire sur le pétitoire et de l'effet du jugement possessoire sur le pétitoire.

391. — Il est difficile de présenter en une seule division tout ce qui touche au cumul. Le principe du non-cumul domine toute la matière du possessoire ; on en fait à chaque instant des applications; il touche à la compétence, il s'impose aux parties dans leurs demandes et leurs conclusions ; au juge dans l'instruction du litige et dans le jugement. « C'est aux parties aussi bien qu'aux juges, dit Curasson, que la loi défend de cumuler. De la part des parties le cumul peut avoir lieu soit à raison de la nature de la demande, soit de la cause ou du titre sur lequel la demande est fondée, soit de la litispendance qui peut exister quand un autre tribunal est saisi d'une contestation relative au même objet. »

Nous avons déjà traité une partie du cumul à propos de la compétence. Selon la remarque de MM. Aubry et Rau (§ 186, texte et note 42), depuis que les actions possessoires ne sont plus de la compétence du même juge que les actions pétitoires, il s'agit bien plutôt à ce point de vue d'une nullité d'incompétence que d'une application du principe général du non-cumul. Nous ne revien

(1) Nous remarquerons seulement sur l'appel que toute demande nouvelle est irrecevable (art. 464), mais non pas les moyens nouveaux ; qu'il peut y avoir évocation si la cause est en état, mais non s'il est nécessaire d'ordonner un préparatoire ou un interlocutoire (Carré-Chauveau, quest. 1702, § 1 ; Cass. 22 janv. 77, D. 77-1-310). Du reste, les pouvoirs du juge d'appel sont, en principe, les mêmes que ceux du juge de 1re instance. — Mais le Tribunal civil n'est pas moins que le juge de paix incompétent pour le petitoire, en tant que juge d'appel. Il ne peut changer la qualité en vertu de laquelle il est saisi sous prétexte d'évocation ; c'est là un point constant (V. Cass. 12 janv. 87, Pand. fr. pér. 87-1-66), sauf commun accord des parties.

(2) L'examen de nombreuses questions de pure forme qui peuvent s'élever sur les points que nous avons seulement indiqués sortirait du cadre de cette étude et rentrerait dans la théorie générale des règles de la procédure devant les justices de paix.

drons plus sur ce point ; nous nous contenterons de donner successivement le commentaire de l'art. 25 qui est le siège du principe, de l'art. 26 qui vise spécialement le non-cumul du possessoire de la part des parties et établit la préséance du possessoire sur le pétitoire, enfin de l'art. 27 qui n'est que le corollaire des deux dispositions précédentes.

392. — Le Droit Romain ne connaissait pas « in terminis » la règle du non-cumul, comme nous l'avons constaté (V. L. 12, § 1. « De adquir vel amitt.poss. 41, 2). Mais elle résulte si nécessairement de la nature des choses, qu'on en pourrait à la rigueur reporter le principe au Code : L. unic. Si de moment. poss. 7, 69 « Ita tamen possessionis reformationem fieri oportet ut integra omnis proprietatis causa servetur. » On ne trouve dans le droit canon que confusion ; il semble toutefois que la jurisprudence ecclésiastique admettait « l'exceptio dominii à titre facultatif (Pothier Poss. n° 125. Bélime 373. Alauzet p. 221 et 247. Bruns Act. poss. p. 259, 260). — L'ordonnance de Montils-lez-Tours, 28 oct. 1446, art. 72, titre IV, défendit de conduire le pétitoire et le possessoire ensemble. L'ordonnance d'Ys-sur-Tille (1535) et enfin l'art. 5 du titre 18 de l'ordonnance de 1667 posèrent les règles même de notre Code. — Enfin l'art. 25 Pr. décide que « le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés ».

Considérée au point de vue de *l'office de juge* la règle du non-cumul a une double portée. Le juge du possessoire ne peut 1° préjuger le pétitoire par le dispositif de son jugement, soit qu'il commette une incompétence, un abus de pouvoir ou un déni de justice ; 2° statuer par des motifs tirés du fond du droit, soit qu'il rejette, soit qu'il admette les conclusions et demandes qui sont portées devant lui (V. Aubry et R., II, p. 141, a). — Appleton, § 314, conteste que la prohibition faite au juge de statuer sur le fond du droit découle de l'art. 25 Pr. C'est, dit-il, une question de compétence. Il s'en suivrait que jamais on ne pourrait trouver violation de l'art. 25 dans le Dispositif du jugement, mais bien violation des règles de la compétence. Mais il y a, selon nous, une différence

entre le cas où le juge est incompétemment saisi et le cas où il se décide ou statue d'après les règles tirées du fond du droit; comment d'ailleurs séparer les motifs et le dispositif? La vérité, par suite, est qu'il y aura souvent à la fois incompétence et cumul dans l'hypothèse prévue par Appleton; un exemple va éclairer cette observation. Le Juge de paix saisi d'une complainte concurremment avec une revendication déclare une des parties propriétaire de l'objet litigieux; il était incontestablement incompétent pour le faire; il commet un excès de pouvoir, mais évidemment aussi il cumule. D'ailleurs au point de vue pratique, il ne sera jamais nécessaire d'entrer dans des difficultés souvent inextricables pour distinguer l'incompétence et le simple cumul. Pour motiver une réformation ou une cassation, il sera bon de se baser à la fois sur les deux causes de nullité.

La règle du non-cumul s'applique à toutes les décisions que peut rendre le juge de paix, aux jugements préparatoires, interlocutoires ou définitifs. Mais pour les interlocutoires il s'agit plutôt d'une règle de conduite puisque le juge de paix peut en quelque sorte réformer son propre interlocutoire, que cet interlocutoire ne préjuge rien quant à la question de propriété. Aussi la Cour de cassation s'est-elle refusée à annuler un jugement autorisant à la fois la preuve de la possession *annale et immémoriale* (Cass. 19 avril 69, S. 69, 1, 265). M. Appleton, § 314, estime que le pourvoi en tant qu'il était fondé sur l'art. 25 Pr. devait être rejeté, mais que si l'on avait invoqué l'art. 24 (« L'enquête qui sera ordonnée ne pourra porter sur le fond du droit »), la solution eût dû être différente : « Une enquête, dit-il, dans laquelle on prouve sa posssession immémoriale d'un fonds de terre porte-t-elle sur le fonds du droit? Il me semble que oui, puisquelle résout implicitement la question de propriété qui a nécessairement été acquise par la prescription. » Cette théorie méconnait absolument l'autorité spéciale qui appartient aux interlocutoires. C'est un point certain que le jugement qui ordonne l'enquête ne lie pas le juge, ne préjuge rien au fond sur le

possessoire; c'est un simple errement de procédure; à plus forte raison ne préjuge-t-il rien sur la propriété et sur son acquisition par la prescription (Larombiere 1351, n^{os} 15 et 16. A. et R. § 769, texte et note 10).

Il importe d'ailleurs, et c'est là une observation capitale, de bien considérer, quand on recherche s'il y a cumul, quelle est l'autorité au point de vue de la chose jugée, de la décision qu'on soupçonne avoir violé l'art. 25 Pr. Si elle comporte une conséquence pétitoire, en supposant qu'elle ne soit frappée d'aucun recours, c'est un signe évident qu'il y a cumul. C'est une sorte de preuve mathématique que tout juge du possessoire devrait employer pour constater si sa décision est ou non critiquable et la rectifier au besoin.

Et il ne doit pas perdre de vue que l'autorité de la chose jugée ne s'attache sans doute pas aux motifs mais seulement au dispositif, mais que si les motifs n'ont pas l'autorité de la chose jugée ils doivent cependant être pris en considération pour déterminer le sens du dispositif. Or, si les motifs sont exclusivement pétitoires, le dispositif se trouve suspect; il appert qu'il s'est établi dans l'esprit du juge une confusion et qu'il a cumulé, quelqu'irréprochables en apparence que soient les termes de ce dispositif.

Pour éviter le cumul, le juge doit donc strictement appliquer l'art. 25 aussi bien dans ses motifs que dans son dispositif.

La question du cumul peut résulter aussi de la reconvention. Et la règle n'est pas moins rigoureuse. Elle s'applique en toutes matières. Par exemple, lorsqu'une commune prétend qu'un terrain litigieux au possessoire fait partie de son domaine public, le juge de paix ne doit apprécier la question préjudicielle qu'au point de vue seulement de l'efficacité de la possession (Cass. 19 juill. 82; D. 82, 1, 341).

Enfin elle s'applique aussi bien au cas de la Réintégrande qu'à celui de la Complainte ou de la D. de N.-Œ.

Les règles que nous allons poser ont la portée la plus générale, la plus absolue.

393. — C'est le dispositif, comme nous l'avons observé, qui contient la chose jugée. Tout ce qui constituera chose jugée au pétitoire violera l'art. 25, et même toute partie du dispositif simplement énonciative et qui ne paraîtrait pas devoir emporter chose jugée n'en serait pas moins critiquable au point de vue qui nous occupe. Si d'ailleurs il est statué « ultra petita », il n'y a pas à proprement parler cumul, mais une nullité spéciale en vertu de principes particuliers. Le dispositif ne doit donc contenir spécialement et expressément que des décisions possessoires, maintenue ou rejet, et les décisions accessoires qui en découlent selon des indications déjà présentées.

Il suit de là qu'il y aurait cumul et, par suite, lieu à cassation des décisions qui reconnaîtraient purement et simplement quelqu'un propriétaire, qui maintiendraient à la fois dans la possession et la propriété, qui maintiendraient en possession immémoriale ou trentenaire. Il y aurait aussi cumul lorsqu'au lieu de maintenir simplement le demandeur dans sa possession annale, le jugement lui reconnaîtrait un droit quelconque résultant de cette possession; comme d'user précédemment de la chose litigieuse, etc. etc. (V. A. et R., § 186, texte et notes 21-26. — Curasson, II, p. 507 et 508, à la note).

Le juge de paix doit se garder d'insérer dans son dispositif aucune reconnaissance d'un droit. Une décision ainsi libellée « Le juge de paix... déclare qu'il y a enclave, maintient en conséquence », encourrait cassation. De même le juge de paix ne peut déclarer un terrain imprescriptible. Il ne doit en effet connaître de l'enclave ou de l'imprescriptibilité que sous un point de vue spécial, en tant qu'elles serviront à apprécier le caractère de la Possession. Il ne peut non plus sans cumul faire un règlement d'eaux (Bélime 442, 445 ; A. et R., § 186, p. 142, note 24). Il ne peut enfin, lorsqu'il rejette l'action en complainte, se fonder sur ce que le possessoire et le pétitoire seraient inséparables.

En ce qui concerne les décisions accessoires, il ne

peut ordonner que ce qui est la conséquence directe de la maintenue ou du rejet qui doivent être l'objet de sa décision principale. Il ne peut notamment accueillir une exception qui tendrait à changer les lieux ; ce n'est qu'au juge du pétitoire qu'il appartient d'apprécier la recevabilité et la suffisance des offres faites à cet égard ; il n'y a pas cumul, au contraire, lorsque le juge ordonne au propriétaire d'un canal de remettre au demandeur qui triomphe sur sa réclamation de la possession d'une prise d'eau, la clef de la vanne qu'il faut lever pour que cette prise d'eau puisse s'exercer. Nous avons d'autre part, constaté que très souvent le juge de paix se croyait obligé d'ajouter à la maintenue inhibition de troubler la possession à l'avenir. La jurisprudence considère cette clause comme surabondante (V. Cass., 19 juill. 82 ; D. 82. 1-340 ; Bélime, 429 ; Cpr. Carré-Chauveau, quest. 124).

Si le juge surseoit en renvoyant au pétitoire une question réellement possessoire, il y a cumul ; sauf le cas ou il y a lieu à interpréter un acte administratif. Mais comme le possessoire ne saurait rester en suspens, on est d'accord que si, une fois que le délai imparti pour faire vider la question préjudicielle est écoulé, le demandeur sollicite un jugement, il peut l'obtenir, pourvu que le défendeur ne justifie d'aucune diligence faite pour saisir les tribunaux administratifs de cette question préjudicielle.

394. — Le juge de paix ne doit pas non plus statuer par des motifs tirés du fond du droit. Cette règle est contestée par Curasson (n° 733), d'après lequel « Ce ne sont pas les motifs, c'est le dispositif qui constitue le jugement ; la sentence du juge de paix, quoique motivée sur l'application des titres ou d'une Possession ancienne pourrait donc être à l'abri de la réformation si le dispositif se bornait au maintien de la Possession annale » (V. aussi Cass., 7 juill. 52 ; D. 52. 1-167 ; Cpr. Cass., 2 févr. 48 ; S., 48. 1-235, le rapport du conseiller Mesnard contraire ; Appleton, § 318-319).

Mais cette théorie n'a pas prévalu. Les motifs ne peuvent être séparés du dispositif, ils s'éclairent réci-

proquement (Cass., 21 août 83; S., 85. 1. 306. Si le dispositif devait être considéré à part, isolément, il est certain que les règles que nous avons posées plus haut deviendraient illusoires. Le juge aurait commis un cumul véritable, une confusion absolue et sa décision serait à l'abri de la critique ! Cela est impossible. On peut donc dire que cette seconde règle n'est dans un certain sens qu'une branche de la première ; en tout cas elle en est le corollaire nécessaire. Il est certain que dans une sentence ainsi libellée ; « attendu qu'un tel est propriétaire, par ce motif le juge de paix le maintient en Possession », ne saurait être maintenue, car de ce qu'un tel est propriétaire il s'en suit seulement, en pure logique, qu'il doit être maintenu en propriété ; le juge a donc confondu la propriété et la Possession ; le terme qu'il emploie dans son dispositif ne représente pas sa pensée ; il faut la rétablir et alors le dispositif tombe sous les observations déjà présentées (Cpr. Bélime, 446. Carré, Chauveau, Quest. 118. Bourbeau, 416, Aubry et Rau, II, p. 141 a.

L'absence absolue de motifs emporte cumul outre qu'elle tombe sous le coup de l'art. 141 Pr. (Cass. 5 juin 72. D. 72. 1. 231). Les motifs surabondants au contraire ne vicient point en tant qu'ils ne sont vraiment qu'accessoires. Si donc le juge se fonde à la fois sur une Possession annale et immémoriale, s'il déclare mal à propos le demandeur propriétaire, tout en ne le maintenant qu'à cause de sa Possession (Cass. 1er juill. 73. L. 73. 1. 413) le jugement est à l'abri de la cassation.

Mais il y a cumul lorsque le juge méconnaît les règles de la preuve que nous avons indiquées, lorsqu'il connaît d'un acte administratif, d'un titre légal ou d'une convention, autrement que pour apprécier l' « animus », la Possession qualifiée ou le trouble. Il y a cumul lorsqu'il rejette, sans méconnaître la Possession annale, lorsqu'il il se fonde uniquement pour rejeter la demande sur ce que le fait qualifié trouble n'était que l'exercice d'un droit. (Aubry et Rau, § 186, texte et note 22. Cass. 26 juill. 82. D. 83. 1. 348. Cass. 26 mai 84. S. 85. 1. 149. Cass. 5 août 85. D. 86. 1. 164) ; lorsqu'aussi il

rejette la complainte pour défaut de dommage justifié (Cass. 24 août 70. S. 71. 1. 8 et l'arrêt de 85 cité) lorsqu'il rejette la maintenue demandée pour cause d'enclave, par le motif que le passage serait exercé ailleurs plus utilement (Cass. 7 janv. 67. D. 67. 1. 158).

395. — Il est nécessaire de donner des détails particuliers sur l'appréciation des titres. C'est le point le plus difficile (Alauzet p. 239) mais aussi la plus pratique de la théorie du non-cumul.

Nous croyons qu'on doit poser dès l'abord un principe certain qui domine toute la matière ; le fait a une importance capitale et le titre doit toujours lui être subordonné.

Dans le cas où il n'existe aucun doute sur la Possession en fait, l'examen du titre sera souvent surabondant, car, ou la Possession est conforme au titre ou bien si elle contraire elle doit être maintenue malgré le titre (Curasson 733). Cette règle reçoit exception pour les servitudes discontinues dont nous avons parlé déjà, elle fléchit aussi dans certains cas à propos d'exceptions présentées par le défendeur; enfin, pour caractériser la Possession dans certaines hypothèses, le titre sera essentiel a fin de juger en pleine connaissance de cause. Dans ces deux derniers cas par exemple il s'agit de savoir si un fait doit être qualifié trouble, en présence de l'allégation produite par l'auteur de ce trouble, qu'il a été posé en raison d'un titre conventionnel ou légal; ou bien il s'agit de faits seulement équivoques et il faut rechercher s'ils émanent d'un plein possesseur, d'un usufruitier ou d'un simple détenteur. Il en est de même si on allègue une interversion de titre ou une accession de possessions.

Dans certains cas donc le titre doit être nécessairement examiné, mais sous quel point de vue fournira-t-il un élément de preuve? Il existe à ce sujet les plus vives controverses.

396. — Une première opinion tout à fait radicale décide que le juge doit se refuser à examiner le titre et prononcer sans sursis (1). Il s'en suivrait nécessaire-

(1) Un seul auteur, M. Dorlencourt (cité par Wodon III, p. 213, note 2),

ment qu'il n'y aurait pas d'Action Possessoire possible pour les servitudes discontinues. Il s'en suivrait aussi que dans les cas indiqués plus haut toute solution du Possessoire serait impossible. Comment reconnaître en effet en l'absence de titre si une jouissance est exercée à titre de maître ou à titre d'usufruitier, lorsqu'il n'est prouvé que des faits ordinaires de jouissance et non de disposition ; comment d'autre part admettre que tout acte passé en conséquence d'un titre sera sans autre examen déclaré trouble? Cette opinion tend à rendre illusoire le système Possessoire. Il serait évidemment préférable de le supprimer si on devait accepter une pareille théorie. — Mais ce n'est là qu'une interprétation judaïque de la lettre même des articles 24 et 25 Pr. La nécessité pour le juge du Possessoire de prendre connaissance des titres a été reconnue de tout temps. Cela ne faisait pas difficulté en Droit Romain et pas davantage dans l'Ancien Droit. Un système aussi contraire à la nécessité pratique doit être absolument condamné (V. Favre, Code, livre 8, titre 4. Ferrière, sur Paris, art. 97. Pothier, Poss. 90. Demol. Servit. 2-945. Wodon, 680).

Dans un deuxième système, le juge devrait se déclarer incompétent dès que le titre est contesté et renvoyer le litige sans aucun examen devant les juges ordinaires. Mais qui ne voit que c'est laisser à l'arbitraire des parties la décision du Possessoire et que par suite on rentre immédiatement dans le précédent système? Et que devient la règle : le juge de l'Action est le juge de l'exception? (V. Cass., 22 juill. 61. D. 61-1-306. Wodon, 678. V. aussi Cass. 20 nov. 71. D. 71-1-277).

D'après Bélime (448-450), ce système ne devrait être accepté que sous une distinction. Dans le cas où le juge de paix ne trouverait pas la contestation sur les titres sérieuse, il devrait passer outre et retenir la solution du litige; « si au contraire il lui paraissait qu'il y a

a soutenu une doctrine aussi absolue. Mais nous avons vu que Laurent et Bourcart refusaient l'Action Possessoire au cas de servitude discontinue.

doute et que leur validité au fond peut faire l'objet d'un débat sérieux », il devrait renvoyer les parties sans se dessaisir à faire résoudre au pétitoire ce point préjudiciel.

Ce système de surséance se réfute par les considérations déjà présentées contre les deux autres. Il a de plus l'inconvénient, contrairement au texte de la loi, de subordonner le pétitoire au possessoire. Il en supprime enfin toute l'utilité et toute la justification, car une fois le titre reconnu au pétitoire, il est évident que l'instance Possessoire sera jugée « ipso facto » ; il n'y aura plus qu'une sorte d'enregistremeni des résultats du pétitoire. C'est donc là une théorie illogique et absolument incompatible avec le système Possessoire tel qu'il est organisé dans notre droit. Elle doit, sans hésitation, être rejetée (V. Bourbeau, n° 420-421. Appleton, § 331.

Mais le mérite de Bélime a été d'établir hors de toute contestation que la connaissance des titres que devrait en tout cas prendre le juge serait une connaissance approfondie, sérieuse ; d'avoir montré qu'il ne saurait s'arrêter devant une simple chicane, un simple moyen dilatoire.

397. — Au point où nous en sommes arrivés, on doit donc considérer comme acquis que le juge doit prendre connaissance des titres et qu'il en doit prendre une connaissance sérieuse. Mais on n'est pas absolument d'accord sur la manière dont cet examen devra être fait.

D'après Chauveau (Quest., 101 *bis*) ; Bourbeau (929), le juge doit prendre une notion sommaire du titre et s'arrêter à ce qu'il y a de plus apparent. Sans doute, le législateur n'a pas rendu le juge de paix radicalement incompétent pour interpréter les titres. « Borner la mission des juges de paix, dit Chauveau, à recevoir les titres comme un fait, sans avoir la faculté de discuter leur valeur intrinsèque, d'examiner s'ils sont réguliers ou nuls, soit dans la forme, soit au fond, ce serait faire de ces magistrats—qu'on nous passe le mot —de véritables machines. » D'après Chauveau, le juge ne saurait prononcer la nullité du titre ; cela tient au péti-

toire. Mais il déclarera que tel titre lui paraît suffisant soit pour établir, soit pour infirmer la possession que réclame le demandeur. — Cette opinion ne nous paraît pas absolument exacte. S'en tenir à l'apparence du titre, à son extérieur, pour ainsi dire, c'est souvent sacrifier sans motif sérieux le droit d'une des parties. Du moment que l'examen est nécessaire, il ne saurait être trop complet, trop approfondi. Aussi nous déciderons (Cpr. Wodon, n° 690 ; et Appleton, § 326) et nous avons déjà appliqué ce principe au cas de servitudes, que lorsque la preuve de la convention est autorisée par témoins, le juge du possessoire peut ordonner une enquête sur l'existence de cette convention. Ce n'est pas là, selon la remarque de Wodon, violer l'article 24 Pr. « L'enquête a pour but de vérifier s'il y a réellement absence de possession et non pas de constater l'existence ou l'absence du droit abstrait ». Et sans doute, on ne peut tirer du titre que des présomptions, mais on doit les tirer complètes et exactes.

Il suit de ces considérations qu'il faut examiner le titre, l'apprécier, l'interpréter, *sous le rapport du possessoire*, dans toute sa force, dans toutes ses causes, en l'accommodant au point de vue spécial du possessoire (V. Wodon, et les autorités et arrêts cités, III, p. 212, note 2, n° 676). C'est l'opinion, avec des nuances diverses, de la majorité des auteurs et de la jurisprudence (V. surtout 22 juin 81, D. 82, 1, 108. — 8 janv. 84 ; D. 84, 171 ; 27 janv. 85 ; D. 85, 1, 362).

Nous admettrons donc l'examen des titres, non pour en tirer certaines conclusions pétitoires dans le dispositif, mais pour en admettre dans les motifs les conséquences possessoires. Nous dirons que le titre ne doit pas être pris comme titre, mais en quelque façon comme point de fait, comme présomption qui sera décisive pour éclairer l' « animus », la volonté avec laquelle on détient. Nous dirons enfin, avec Favre, que les titres doivent être admis « non tam ad annulandum petitorium quam ad colorandum et corroborandum possessorium. »

Le titre colore et corrobore, mais jamais à lui seul

il ne prouve la Possession, car il n'a pas trait à l'appréhension; il n'a trait qu'à la volonté; il ne s'applique qu'à un seul des deux éléments qui constituent, par leur réunion, la Possession; il ne saurait prouver l'exercice même des droits, mais il prouve la nature même de ces droits.

Aussi les titres légaux ou conventionnels exercent-ils une influence considérable au Possessoire. Prenons, par exemple, l'enclave. Il est nécessaire que le juge recherche les règles de l'enclave pour les appliquer « mutatis mutandis » à la Possession ; il doit considérer le titre dans sa nature, dans ses effets, dans son intégralité ; et dans les motifs qu'il donnera sur sa décision, il devra établir, en point de fait, si les conditions légales de l'enclave se rencontrent. De même, comme nous l'avons vu, au cas de fenêtres d'aspect. On peut donc dire, pour conclure, qu'il n'est pas un point de droit soulevé par un titre dont le juge du Possessoire ne puisse connaître sous le point de vue spécial de l'effet qu'il peut avoir de colorer les Possessions (1).

398. — Le principe du non-cumul a pour conséquence la préséance du Possessoire sur le Pétitoire. C'est l'interdiction du cumul des deux actions dans un seul trait de temps. La préséance se résume dans trois règles que nous allons expliquer successivement.

1re Règle. — Le Possessoire une fois engagé, on ne peut se pourvoir au Pétitoire avant que l'instance Possessoire ne soit terminée (art. 27). Il n'importe que ce soit par un jugement définitif ou par un désistement, accepté ou tenu pour accepté (A. et R., § 186, texte et note 42-43). Mais il y a divergence sur le point de savoir si cette règle est applicable au défendeur comme au demandeur. D'après MM. A. et Rau et la jurisprudence, en présence des termes absolus des art. 26 et 27, l'action intentée par ce défendeur, avant le vide de l'instance pétitoire, serait non recevable (V. Cass.

(1) Sous peine d'étendre démesurément cette étude, nous ne pouvons passer en revue toutes les applications de ce principe (V. à ce sujet Poux-Lagier et Pialat sur Curasson II, p. 518-521; Wodon, 680-694).

16 fév. 81, S. 83-1-462). Ils concèdent néanmoins la validité de l'assignation à l'effet d'interrompre la prescription (V. loc. cit., note 48). L'opinion contraire nous paraît préférable et il nous semble que MM. A. et R. ont admis une contradiction en apportant à leur principe la restriction indiquée. Le défendeur ne peut perdre aucun de ses droits par le fait que le demandeur l'a cité au Possessoire; il pourra donc assigner valablement; il n'y aura lieu qu'à une fin de non-procéder (1).

399. — 2e Règle. — Le demandeur au pétitoire se rend non recevable à agir concurremment et pour les mêmes causes au Possessoire, et principalement pour les troubles antérieurs à l'introduction de son instance pétitoire.

Que faut-il entendre par le demandeur au pétitoire? Qu'est-ce qui constitue une demande pétitoire? Chacun s'accorde à reconnaître qu'il ne s'agit pas d'une conciliation (Appleton, § 337), ni même d'un référé (A. et R., § 186, note 46), ni de la prétention pétitoire incidemment introduite devant la juridiction répressive, ni de la simple action en dommages aux champs.

Quid, si l'on a assigné au pétitoire devant un juge, incompétent ? Par exemple on a saisi le juge de paix d'une instance pétitoire (2). D'après Appleton, § 337, il n'y a pas de fin de non-recevoir, car le jugement annulle la procédure et remet les parties en leur premier état. — La solution contraire est préférable, car l'art. 26 est absolu; d'autre part la citation même nulle opère des effets juridiques (art. 2246); enfin il y a en quelque sorte une présomption de renonciation (Wodon 660, A. et R. loc. cit. note 47) (3).

(1) Quant au point de savoir si le demandeur (et aussi le défendeur, dans l'opinion de MM. A. et R.), en agissant au Pétitoire, a renoncé à l'appel ou à la Possession même, voir plus bas l'effet de la renonciation au Possessoire.

(2) Celui qui a proposé une exception de propriété dans l'instance possessoire ne tombe pas sous le coup de la règle. Cass. 1er déc. 80 Sir. 81, 1,304.

(3) Par les mêmes motifs, si le demandeur s'est désisté, la fin de non-recevoir vient quand même (V. cep. Bioche. V° Act.poss. 375).

Et d'ailleurs les réserves expresses que le demandeur aurait pu faire de ses droits possessoires seraient de nul effet.

Mais ce serait une erreur selon nous que de décider qu'en introduisant une instance pétitoire on renonce au possessoire, qu'on est censé en reconnaître l'avantage en faveur de son adversaire (V. cep. Bioche, Act. poss. 374. Molitor, Possess. n° 127. Carré-Chauveau sur l'art. 26, quest. 128). On peut au contraire agir par ignorance, parce qu'on a une preuve qu'on croit décisive, un titre qu'on suppose indiscutable. Mais il n'y a ni abandon, ni perte de la possession. En agissant au pétitoire on assume seulement le fardeau de la preuve. Si l'action pétitoire comportait renonciation à la possession, qui ne voit qu'en l'introduisant on se priverait de pouvoir prouver sa propriété par la prescription, ce qui serait absurde? (V. en ce sens Cass. 9 juin 52, et D. 53,1,166). Le motif de la loi, ce n'est donc pas une renonciation tacite; elle est basée sur une bonne administration de la justice. D'une part la loi a défendu le concours simultané du possessoire et du pétitoire; d'autre part, elle refuse après le pétitoire de revenir au possessoire; c'est donc seulement que le pétitoire doit absorber la question possessoire qui pourrait exister. La seule renonciation qu'il puisse y avoir est celle de se plaindre pour les troubles antérieurs à ce pétitoire (V. A. et R. loc. cit. note 46. Appleton 270 et 338. Poux-Lagier et Pialat. II 502 note *b*, 506, note *a*).

Il suit de là que le demandeur au pétitoire pourra défendre sa possession contre les troubles postérieurs à l'introduction de l'instance (1). Et il devra assigner devant le juge de paix, car le tribunal civil ne saurait connaître incidemment d'une instance pétitoire.

Quant au défendeur, la règle que nous venons d'étudier ne saurait s'appliquer à lui; il peut *dans tous les cas* se pourvoir au possessoire. Il serait exhorbitant que le fait d'autrui le privât de quelque partie de son droit.

(1) Les auteurs et la jurisprudence sont en ce sens, sauf Chauveau quest. 128.

D'ailleurs l'art. 26 ne parle que du *demandeur* (A. et R. loc. cit. note 49. Curasson, 732. Bourbeau, 410. Bélime 503. Appleton § 338. Wodon 637 — Cass. 16 déc. 74, D. 75,1,103.) (V. cep. Carou n° 716.)

400. — 3me Règle. Le défendeur ne peut se pourvoir qu'après avoir pleinement satisfait aux condamnations prononcées contre lui (art. 27 pr.)

C'est là une disposition impérative destinée à assurer plus complètement la séparation du possessoire et du pétitoire et à ne pas rendre l'instance possessoire illusoire.

C'est une règle ancienne posée par l'ordonnance d'Ys-sur-Tille et l'ordonnance de 1667. Mais l'art. 27 diffère de l'ordonnance ; il semble n'édicter la règle que pour le défendeur, l'art. 4 du titre 18 disait au contraire « Celui contre lequel la complainte ou Réintégrande sera jugée... » De là est née une controverse. Les uns comme Chauveau, quest. 129, A. et R., § 186, p. 148, s'en tiennent à la lettre de l'art. 27. — L'opinion contraire nous paraît préférable. Il résulte des travaux préparatoires qu'on n'a pas prétendu innover (V. Locré sur 23 Pr.). C'est aussi une solution conforme à l'esprit de la loi ; les motifs sont les mêmes ; il n'y a pas de raison de distinguer (Appleton, § 340 ; Wodon, 665).

La citation donnée en violation de l'art. 27 est-elle nulle? Oui, d'après MM. A. et R. (loc. cit., note 51). Mais l'opinion contraire est plus générale et nous paraît devoir être adoptée La nullité de l'exploit doit être précisément édictée, et d'autre part, l'art. 27 permet au juge du pétitoire de fixer délai pour la liquidation des condamnations ; c'est donc que le juge pétitoire est saisi et valablement saisi (Wodon, 672 ; Bélime, 475 ; Appleton, § 341 ; Curasson, p. 528, note *a*). — Et comme conséquence, nous déciderons que l'exception résultant au pétitoire de l'art. 27 est dilatoire et non péremptoire (1).

L'exécution doit être réelle et effective, sincère et

(1) Du reste la caution prévue par l'art. 4 de l'ordonn., caution fournie par le demandeur au pétitoire pour continuer son instance, ne saurait plus être admise en l'absence de textes (V. Wodon, 674).

complète, et c'est au tribunal saisi au pétitoire de vérifier s'il y a exécution ; mais s'il s'élevait des difficultés sur l'interprétation du jugement, il semble qu'on devrait revenir devant le juge de paix pour demander interprétation.

Enfin, l'art. 27 n'empêche pas les actes extra-judiciaires alors même qu'ils mènent à la reconnaissance du droit au pétitoire (V. Poux-Lagier et Pialat sur Curasson, II, p. 529 *a*).

401 — Effets et Autorité du Jugement possessoire. — Le jugement possessoire n'est pas, en un sens, un jugement définitif, puisque l'on peut ensuite intenter une action pétitoire qui remettra en question les conséquences de la maintenue. Mais, dans le sens technique, c'est réellement un jugement définitif et non un provisoire ; en effet, dans les limites mêmes de la possession et selon la nature de ce droit, il sort un entier effet dans la sphére qui lui est propre, aussi bien que toute décision pétitoire C'est une mesure définitive pour la possession et ses suites. Et, d'ailleurs, n'avons nous pas remarqué que très souvent les parties s'en tenaient là, puisque, dans un grand nombre d'hypothèses, c'est le propriétaire même qui agit au possessoire ?

Et même, si l'on suppose que le pétitoire soit engagé postérieurement et que celui qui a triomphé sur le possessoire succombe sur le pétitoire, la sentence possessoire obtenue ne se trouve nullement abolie. Le juge, en décidant au possessoire, a complétement épuisé le pouvoir de juridiction qui se rattache à ce domaine spécial. Ce n'est pas une sorte de rapporteur, ce n'est pas un juge de référé, c'est un juge qui rend une pleine décision sur le fond.

Les décisions ultérieurement rendues au pétitoire ne peuvent donc atteindre qu'indirectement la sentence du juge de paix. Si la restitution et la réintégrande sont ordonnées, ce ne peut être qu'après l'exécution du jugement possessoire (art. 27). Et le jugement n'est pas examiné ni critiqué par le juge du pétitoire ; il agit librement dans son domaine propre, voilà tout,

sans se préoccuper si les effets du possessoire seront ou non abolis. — A un autre point de vue, les dommages-intérêts prononcés au possessoire sont acquis d'une façon définitive, et la restitution n'en peut être ordonnée « in terminis » au pétitoire ; une décision qui agirait autrement violerait évidemment l'autorité de la chose jugée (V. Curasson, 743). Les fruits sont acquis en vertu des mêmes principes ; et, au possessoire, la question de bonne foi est de nulle considération, comme nous l'avons constaté. — Au pétitoire, au contraire (art. 549), les fruits ne doivent être adjugés qu'au possesseur de bonne foi. Il existe seulement une divergence sur le point de savoir si on doit ordonner la restitution même de ceux qui ont été perçus par le défendeur entre le moment où il a obtenu restitution de la possession qu'il avait, mais de mauvaise foi, et celui où il succombe enfin sur la propriété. Certains auteurs invoquent l'adage : « Juste possidet qui jussu judicis possidet » et prétendent qu'il n'est pas dû de restitution pour ces fruits spécialement. Cette opinion doit être rejetée ; le juge du pétitoire peut ordonner la restitution totale des fruits. Le juge du possessoire, d'autre part, n'a pas touché à la question de bonne foi, elle est entière ; la restitution des fruits est demandée pour une cause nouvelle, et la décision ne saurait en rien faire échec au possessoire.

Quel est l'effet des jugements sur les diverses actions possessoires entre elles ? Nous avons indiqué, en parlant du cumul successif de la Complainte et de la Réintégrande, quelle était l'autorité de la Réintégrande, nous ne reviendrons pas sur ce point. L'effet de la Complainte est de reconnaître la possesion qualifiée au moment de la demande, et de maintenir dans cette possession.

Mais le rejet de l'action possessoire introduite par le demandeur ne fait pas nécessairement acquérir la possession au défendeur. Il faut qu'il ait conclu reconventionnellement à la maintenue et qu'il ait prouvé la possession de son chef (A. et R., § II, p. 148, not. 53-54). La maintenue ne préjuge pas non plus la posses-

sion pour l'avenir ; elle ne peut être invoquée comme ayant l'autorité de la chose jugée sur une action possessoire intentée par la même partie dans la suite (V. Cass., 26 janv. 69 ; D. 71, 1, 20, et la note). En effet, de par la nature même de la possession et en raison de l'annalité, on peut difficilement opposer, à titre de fin de non recevoir, qu'il s'agit de la même possession (1).

402. — Qu'arrivera-t-il si le jugement Possessoire n'est pas exécuté ?

S'il s'agit du demandeur qui sur une complainte simple, sans qu'il y ait eu demande reconventionnelle en maintenue de la part du défendeur, a été uniquement débouté pour n'avoir pas justifié de sa Possessiou annale ou du trouble, il continuera sa Possession et pourra la purger de ses vices. La complainte qu'il intentera par la suite pourra très bien triompher ; en tout cas aucune fin de non recevoir ne pourra lui être opposée (Curasson, n° 742. Wodon. 713. Appleton, § 223).

Mais si le jugement Possessoire a condamné l'une des parties par le motif que sa Possession était précaire, et que celui qui a obtenu ce jugement n'exige pas l'exécution, quelle sera la situation du défendeur ? D'après M. Appleton, § 224, dans ce cas, au bout d'un an, la Possession conservée pourra être dite qualifiée. Wodon au contraire décide que la Possession reste à l'état précaire. Et cette opinion nous parait préférable. En effet le jugement a constitué celui qui a succombé en état de précarité ; c'est là un vice absolu que le temps ne saurait purger, et d'autre part, le seul fait de la non exécution ne saurait opérer interversion ; il faudrait au moins le consentement tacite de celui pour qui l'on détient.

Il en serait différemment si la partie qui a succombé exécutait le jugement et délaissait, puis se trouvait

(1) Mais évidemment il y a un préjugé considérable et il faudra qu'on allégue une modification de la Possession, et non qu'on la remette en question par les mêmes moyens. On s'est enfin demandé quelle pouvait être, si la complainte n'avait été exercée que contre l'un des possesseurs indivis, l'autorité du jugement de maintenue vis-à-vis des autres. C'est un point que nous avons traité plus haut (V. n° 305).

remise en Possession ultérieurement. Dans ce cas, il y a une Possession nouvelle et il ne s'agit plus de l'hypothèse spéciale que nous examinons.

Mais supposons que la partie dont la Possession a été déclarée précaire reste en Possession pendant un an, puis soit troublée ou dépossédée par un tiers et non par son adversaire. En vertu des principes posés, on doit décider que le vice de précarité peut être opposé par ce tiers puisqu'il est absolu. Toutefois, comme il serait évidemment exagéré de prétendre que la Possession restera indéfiniment précaire aux mains de celui qui a succombé, il semble que l'inertie prolongée de celui qui a obtenu le jugement devra faire supposer aisément interversion.

Enfin si le jugement n'a pas été exécuté, mais que la Possession ait été transmise à un tiers, on n'est pas d'accord sur la situation qui sera faite à ce tiers. D'après Curasson il serait soumis à toutes les conséquences du jugement. Cette opinion ne nous paraît pas acceptable, ce n'est évidemment qu'en tant qu'il a besoin de l'accession que l'ayant-cause à titre particulier succède à la Possession précaire de son auteur telle qu'elle est. S'il a une Possession propre qualifiée, il peut commencer une Possession distincte (V. Bélime, 219, Poux-Lagier et Pialat, p. 536, à la note).

403. — Demandons-nous quelle peut être, d'autre part, l'influence du Possessoire sur le Pétitoire. Cette influence a été souvent exagérée hors de toute proportion et nous n'hésitons pas à poser comme un point certain qu'elle est *nulle*, en tant qu'on voudrait la concevoir comme directe (1).

Qu'elle n'ait pas l'autorité de la chose jugée contre une action pétitoire intentée ultérieurement entre les mêmes parties à propos du même immeuble ou du même droit réel immobilier, cela est un point unanimement reconnu. Il n'y a préjugé ni quant au caractère des faits possessoires qui peuvent être diversement

(1) V. Cass. 17 juill. 76, S. 77-1-71. « Les décisions au Possessoire ne forment ni *titre*, ni *chose jugée* au pétitoire. »

appréciés, ni quant aux causes d'interruption. A plus forte raison, les titres peuvent-ils être différemment interprétés ? Ainsi l'enclave, admise par le juge de paix, pourra très bien être méconnue par le juge du Pétitoire.

Et la raison en est que les titres ne sont pas employés pour une même preuve, ni même pour une semblable Possession. En effet, la Possession, dont connaît le juge du Pétitoire, c'est la Possession « ad usucapionem » qui n'est pas absolument identique à la Possession « ad interdicta » (V. n° 186).

C'est pour cela que nous avons décidé que le jugement Possessoire ne pouvait réagir sur le Pétitoire qu'à l'état de simple présomption, contrairement à l'opinion de ceux qui prétendent y apercevoir une sorte de présomption légale. C'est aussi, nous l'avons vu, un point de vue inexact que celui qui consiste à décider que celui qui agit en revendication est censé reconnaître par là même que le défendeur est en Possession (1).

En raison de ces considérations, l'influence du Possessoire sur le Pétitoire, si considérable qu'elle puisse être, n'est qu'indirecte. Le juge du Pétitoire peut, sans doute, s'aider de tous les éléments d'instruction réunis par le juge de paix. Mais, naturellement, de ces enquêtes, de ces procès-verbaux, de tous ces actes qui ne tendaient qu'à la reconnaissance de la Possession annale qualifiée, il n'a pu sortir une présomption légale de la propriété ; il suit de là que lorsque le juge du Pétitoire motivera sa décision, comme il le fait souvent en l'absence de titres, sur la présomption qui résulte de la maintenue Possessoire, ce sera, selon nous, en vertu de l'application seule de l'art. 1353 et

(1) Il est vrai qu'en pratique celui qui a obtenu le jugement Possessoire ira rarement au Pétitoire. « Possession, dit Loysel (livre 5, titre 6, règles 1 et 2), Possession vaut moult en France. En toutes saisines, le Possesseur est de meilleure condition et pour ce :

« Qui possidet et contendit,
« Deum tentat et offendit ».

En effet, s'il agissait imprudemment au Pétitoire, il assumerait le fardeau de la preuve « onus probandi incumbit ei qui dicit ».

non de l'art. 1350. L'effet de la maintenue sur l'instance pétitoire est donc plutôt un effet *pratique* qu'un effet juridique.

Cette observation clot la série des considérations générales qu'il était nécessaire de présenter sur le principe du non-cumul et sur ses diverses conséquences. Il nous semble qu'en partant de ce principe comme de la règle qui domine toute notre matière des actions possessoires, bien des solutions douteuses s'éclairent. La séparation absolue du possessoire et du pétitoire fait ressortir nettement la distinction des domaines différents de deux droits parallèles qui ne réagissent l'un sur l'autre qu'indirectement. L'originalité du système possessoire français, le caractère indépendant de la possession qui fait qu'elle n'est pas un simple moyen préalable à la revendication, se trouvent mis en pleine lumière par cet ensemble de prescriptions que la loi romaine n'avait pas connues, sans que d'ailleurs la portée pratique de ce système en soit en rien diminuée.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I

Le mariage n'était pas à Rome un simple contrat consensuel.

II

Le Droit Romain n'admettait que deux degrés de faute, « culpa lata, culpa levis. »

III

Si l'on suppose une obligation garantie par une stipulation pénale, le cumul du principal et de la peine n'est pas, sauf la preuve contraire, présumé conforme à l'intention des contractants.

IV

A l'époque classique, le pupille encourt toutes les conséquences de la « condictio indebiti » et n'est pas, comme à l'époque de Justinien, tenu seulement jusqu'à concurrence de son enrichissement.

V

La règle « Dies interpellat pro homine » n'est pas romaine ; l'échéance du terme n'emporte pas demeure « re ipsa », dans les créances à terme.

DROIT FRANÇAIS

I

Le mariage ne peut être célébré que dans la commune où l'un des époux a sa résidence depuis six mois.

II

Le créancier d'aliments ne peut agir contre la succession de celui qui les devait.

III

L'acquisition par prescription du droit de recevoir les eaux d'une source ne saurait résulter que de travaux apparents, faits en partie au moins sur le fonds supérieur.

IV

Le bénéfice de l'art. 783 peut être invoqué même par le mineur ou par l'interdit.

V

La solidarité peut être établie par testament.

VI

La constitution de dot a le caractère d'un acte à titre onéreux vis-à-vis du mari, d'un acte gratuit vis-à-vis de la femme.

VII

Si l'on suppose qu'une donation soit faite à une femme qui ne s'est pas constitué en dot ses biens à venir, et qu'elle soit faite avec la condition que les biens donnés seront dotaux, la condition n'est pas valable.

VIII

Le bail ne confère au preneur qu'un droit personnel, non un droit réel.

IX

On peut, sans avoir d'immeubles présents, hypothéquer ses biens à venir.

DROIT COMMERCIAL

I

Il y a association en participation quand les opérations n'ont été faites que sous le nom d'un des participants et non pas en nom commun. Les tiers qui ont contracté avec l'un des participants, ne peuvent agir contre les autres par l'action « de in rem verso. »

II

La lettre de change sur laquelle il n'y a pas indication de date du paiement ne vaut pas comme lettre de change, c'est un simple mandat de payer.

DROIT PÉNAL

I

L'action civile résultant d'un crime ou d'un délit se prescrit par le même temps que l'action publique.

PROCÉDURE

Il peut y avoir lieu à référé même lorsqu'une instance se trouve engagée ; si l'urgence est extrême, on n'est pas obligé de se pourvoir par demande incidente.

ÉCONOMIE POLITIQUE

L'impôt sur le capital doit être condamné parce qu'il serait d'une injuste répartition.

DROIT DES GENS

La constitution régulière de l'arbitrage international est impossible dans l'état actuel de l'humanité.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I

Le Sénat ne peut ajouter de crédits au budget, ni rétablir ceux que la Chambre a rejetés.

II

Le pouvoir de révision du Cougrès est rigoureusement limité aux articles de la Constitution spécialement visés par les résolutions des deux Chambres qui ont motivé sa convocation.

Vu par le Président de la Thèse :
L. JOUEN.

Vu par le Doyen :
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. ZÉVORT.

TABLE

Pages.

INTRODUCTION VII

DROIT ROMAIN

OBSERVATIONS GÉNÉRALES 1
CHAPITRE I. — De la « Possessio ad Interdicta » 2
CHAPITRE II. — Généralités sur les Interdits Possessoires. . . 51
CHAPITRE III. — Procédure des Interdits Possessoires 73
CHAPITRE IV. — Des Interdits « Retinendœ Possessionis » . . 92
CHAPITRE V. — Des Interdits « Recuperandœ Possessionis ». . 150
CHAPITRE VI. — Application des Interdits aux Servitudes. . . 194
CHAPITRE VII. — Système Possessoire du Bas-Empire 202

ANCIEN DROIT

SECTION 1. — Droit Canonique. 214
SECTION 2. — Droit Celtique, Droit Germanique et Franc 225
SECTION 3. — Droit Féodal 233
SECTION 4. — Droit Normand 241
SECTION 5. — Droit Français coutumier 248

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I. — Généralités 259
CHAPITRE II. — Eléments, Conditions et Caractères de la Possession. 279
CHAPITRE III. — De l'Annalité 317
CHAPITRE IV. — Des diverses Actions Possessoires 332
CHAPITRE V. — Capacité personnelle et qualité requise pour intenter les Actions Possessoires et pour y défendre 403
CHAPITRE VI. — De l'objet des Actions Possessoires en général 434
CHAPITRE VII. — De l'objet des Actions Possessoires (Suite). — Immeubles corporels 424
CHAPITRE VIII. — De l'objet des Actions Possessoires (Suite). Eaux, Cours d'eau, Usage des eaux . . . 458
CHAPITRE IX. — De l'objet des Actions Possessoires (Suite). — Des Servitudes et Droits réels. 470
CHAPITRE X. — Compétence et Procédure 507
POSITIONS 539

Caen. — Imprimerie E. ADELINE, rue Froide, 16